بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية

الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني

المتوفى ٥٠٢ هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية:

الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الظهار - اللعان - الأيمان

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : BAHR AL - MADHAB

Classification: Shafeit jurisprudence
Author : Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni
Editor : Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid
Publisher : Dar Al-Kotob Al-ilmiayh
Pages : 7232(14 volumes)
Size : 17*24
Year : 2009
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

الكتاب : بحر المذهب

التصنيف : فقه شافعي
المؤلف :الإمام أبو المحاسن الروياني
المحقق : طارق فتحي السيد
الناشر : دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات: 7232(14 جزءاً)
قياس الصفحات: 17*24
سنة الطباعة : 2009
بلد الطباعة : لبنـــان
الطبعة : الأولى

DKi
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbeh, Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

ISBN 978-2-7451-4061-2

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الطَّلَاقِ

بَابُ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَوَجْهِهِ وَتفريعِهِ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ أَحكَامِ القُرآنِ وَمِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَمِنْ جماعِ عشْرَةِ النِّسَاءِ وَغَيرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ وَقَدْ قُرِئَتْ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ (قَالَ) وَالمَعْنَى وَاحِدٌ».

قال في الحاوي: الأصل في إباحة الطلاق الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وهذا وإن كان خطاباً للنبي ﷺ فهو عام الحكم فيه وفي جميع أمته.

فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

فروى قتادة عن أنس قال طَلَّقَ رَسُولُ الله ﷺ حفصة فَأَتَتْ أَهْلَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ فقيل له: «راجِعْهَا فَإِنَّهَا صَوَّامَةٌ قَوَّامَة وَهِيَ مِنْ أَزْواجِكَ فِي الْجَنَّةِ»[2].

وقوله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في طهرهن إذا لم يجامعن فيه.

وروي أن النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فَطَلِّقُوهُنَّ لقبل عِدَّتِهِنَّ.

قال الشافعي والمعنى واحد وقال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وفي قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ تأويلان:

أحدهما: إنه بيان لعدد الطلاق وتقديره بالثلاث وأنه يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة، وهو قول عروة وقتادة.

روى هشام بن عروة عن أبيه، كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ مَا شَاءَ، ثم إن راجع امرأته قبل أن تنقضي عدتها كانت زوجته، فغضب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها: لا أقربك ولا تخلصين مني، قالت له: كيف؟ قال أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك. قال: فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ، فأنزل الله تعالى:

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠١٦)، والبزار والطبراني كما في «مجمع الزوائد» (٩/ ٢٤٤).

﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ الآية فقدره بالثلاث، ولذلك قال عروة نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى[(١)] في تقديره بالثلاث حين يقول:

أَجَارتْنَا بِيْنِي فَإِنكِ طَالِقَهْ ... ومَوْمُوقَة مَا أنتِ فينَا وَوَامِقَه
أَجَارتْنَا بِيْنِي فَإِنكِ طَالِقَهْ ... كَذَاكَ أُمُور النَّاس تَغْدُو وطَارِقَهْ
وبيْنِي فَإِنَّ البَيْن خيْرٌ مِنَ العصا ... وإِلَّا تـزالُ فَوْقَ رَأْسكِ بَارِقَهْ

والتأويل الثاني: أنه بيان لسنة الطلاق أن يوقع في كل قرء واحدة وأن لا يجمع بينهم في قرء واحد، وهو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وأبي حنيفة.

وفي قوله: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] تأويلان:

أحدهما: إن الإمساك بالمعروف الرجعة بعد الثانية والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة.

روى سفيان عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين قال: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ؟ قَالَ: إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ[(٢)].

وهو قول عطاء ومجاهد.

والتأويل الثاني: فإمساك بمعروف الرجعة بعد الثانية أو تسريح بإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها.

وهذا قول السُّدي والضحاك.

وقال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥۗ﴾ وقال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية.

فأما السنة: فروى حميد بن عبد الرحمٰن عن أبي موسى قال: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ يَقُولُ: «أَحَدُكُمْ لامْرَأَتِهِ قَدْ طَلَّقْتُكِ قَدْ رَاجَعْتُكِ لَيْسَ هَذَا طَلَاق الْمُسْلِمِينَ. تُطَلَّقُ الْمَرْأَةُ فِي قبلِ عِدَّتِهَا»[(٣)].

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: أَبْغَضُ الحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ»[(٤)].

وروي أَنَّ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُمَّ جَدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ والْعِتَاقُ»[(٥)].

---

(١) الأبيات في ديوانه ص١١٧. ط ـ دار الكتب العلمية.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٤)، وسعيد بن منصور (١٤٥٦، ١٤٥٧)، وابن جرير في «تفسيره» (٢/ ٢٧٨)، وصححه ابن القطان، وقال البيهقي: ليس بشيء.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٢)، وابن جرير في «تفسيره» (٢/ ٢٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم (٢/ ١٩٦)، وابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٦٣٠)، وابن الجوزي في «العلل» (٢/ ١٤٩).

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والدارقطني (٤/ ١٨)، والحاكم (٢/ ١٩٧)، والطبراني في «الكبير» (١٨/ ٣٠٤).

وروي أنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةً وَاحِدَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا[١].

وروي عنه ﷺ أَنَّهُ تَزَوَّجَ الْعَالِيَةَ بِنْتَ ظِبْيَان فَمَكَثَتْ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا.

فإذا ثبت إباحة الطلاق بالكتاب والسنة وما تعقبها من إجماع الأمة فالطلاق في اللغة هو التخلية، مأخوذ من قولهم نعجة طالق إذا خليت مهملة بغير راع.

ومنه قول النابغة[٢]:

تَنَاذَرَهَا الرَّاقُونَ مِنْ سُوءِ سَمِّهَا تُطَلِّقُ طَوْراً وطوراً تُراجِعُ

فصل

والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة. فيختص الزوج بالطلاق وإن اشتركا الزوجان في عقد النكاح، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة. فإن قيل فلم اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق. قيل لأمرين:

أحدهما: أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة.

والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها، لأن شهوتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر والرجل أغلب لشهوته منها. وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر.

مسألة: قَالَ[٣] الشَّافِعِيُّ: «وَطَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ في زَمَانِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ عُمَرُ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعها ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءَ» (قَالَ) وَقَدْ رَوَىٰ هَذَا الحَدِيثَ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَيونُسُ بْنُ جُبَيْرٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ يُخَالِفُونَ نَافِعاً فِي شَيْءٍ مِنْهُ قَالُوا كُلُّهُمْ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ» وَلَمْ يَقُولُوا ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ (قَالَ): وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَى الحَائِضِ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْ بِالْمُرَاجَعَةِ إِلَّا مَنْ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ».

قال في الحاوي: الطلاق ينقسم ثلاثة أقسام: طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاق لا سنة فيه ولا بدعة.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) البيت من الطويل، وهو في ديوانه (ص٣٤)، لسان العرب (٣/ ٢٨٤ ـ عدد، ٤/ ٥٠٧ ـ طور، ٥/ ٢٠١، ٢٠٢ ـ نذر، ١٠/ ٢٣١ ـ طلق)، وخزانة الأدب (٢/ ٤٥٩، ٤/ ٤٦، ٤٨)، شرح شواهد الإيضاح ص١٢٦، التنبيه والإيضاح (٢/ ٢١٢)، جمهرة اللغة (ص٩٢٢)، المعاني الكبير (ص٦٦٣)، تهذيب اللغة (١/ ٨٩، ٢/ ١٦، ٥/ ٢٥٥، ٩/ ٢٩٣).

(٣) انظر الأم (٥/ ١٦٢).

فأما طلاق السنة فهو: طلاق المدخول بها في طهر لم تجامع فيه.

وأما طلاق البدعة فطلاق اثنتين الحائض والطاهر التي قد جومعت في طهرها أما الحائض فكان طلاقها بدعة؛ لأنها طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها وأما المجامعة في طهرها، فلإشكال أمرها عل هلقت منه فلا يعتبر بالطهر وتعتد بوضع الحمل. أو لم تعلق منه فتعتد بالطهر.

وأما التي لا سنة في طلاقها ولا بدعة فخمس: الصغيرة والمويسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة.

أما الصغيرة والمويسة فلاعتدادهما بالشهور التي لا تختلف بحيض ولا طهر.

وأما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض ولا طهر.

وأما المختلعة فلأن خوفهما من أن لا يقيما حدود الله يقتضي تعجيل الطلاق من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

وإذا انقسم الطلاق على هذه الأقسام الثلاثة فقسمان منهما يجمع على وقوع الطلاق فيهما:

أحدهما: طلاق السنة. مجمع على وقوعه.

والثاني: ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه.

والثالث: مختلف فيه وهو طلاق البدعة في حيض أو في طهر مجامع فيه. فهو محظور محرم بوفاق. واختلف في وقوعه مع تحريمه. فمذهبنا أنه واقع وإن كان محرماً. وهو قول الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء.

وحكي عن ابن علية والسبعة وبعض أهل الظاهر أنه غير واقع استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] فاقتضى ذلك الفرق بين المأمور به والمنهي عنه في الوقوع كما اقتضى الفرق بينهما في التحريم.

وبما روى ابن جريج عن أبي الزبير: قال: سَأَلَ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ بْنُ أَيْمَنَ عَبْدَ اللَّهِ بِنَ عُمَرَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ عَنْ رَجُل طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ طَلَّقْتُ زَوْجَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَسَأَلَ عُمَرُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيئاً[(١)]. وهذا نص في أنه لا يقع. ولو وقع لرآه شيئاً.

ولأن النكاح قد يحرم في وقت وهو في العدة والإحرام كما يحرم الطلاق في وقت وهو الحيض والطهر المجامع فيه.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤/ ١٤٧)، وأبو داود (٢١٨٥).

ثم كان عقد النكاح في وقت تحريمه باطلاً، وجب أن يكون الطلاق بمثابة إذا وقع في وقت تحريمه.

ولأنه لو وكل وكيلاً في طلاق زوجته في الطهر وطلقها في الحيض لم تطلق؛ لأجل مخالفته وإيقاع الطلاق في غير وقته مخالفة الله تعالى في وقت الطلاق أولى أن لا تقع بها طلاق، وهذا خطأ.

١ ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر. انَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ يُمْسِكِهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ. فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ[(١)].

فموضع الدليل منه أنه أمره بالرجعة موجب لوقوع الطلاق، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

فإن قيل: أمره بالرجعة إنما هو أمر بردها إليه. قلنا: هذا تأويل فاسد من وجوه:

أحدها: أن الرجعة بعد ذكر الطلاق تنصرف إلى رجعة الطلاق.

والثاني: أنه ما ذكر إخراجها فيؤمر بردها، وإنما ذكر الطلاق وكان منصرفاً إلى رجعتها.

والثالث: أن المسلمين جعلوا طلاق ابن عمر هذا أصلاً في طلاق الرجعة وحكم العدة ووقوع الطلاق في الحيض ولم يتأولوا هذا التأويل فبطل بالإجماع.

وروى الحسن عن عبد الله بن عمر قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وأَرَدْتُ أَنْ أَتْبَعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا. قُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلَاثاً قَالَ: كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ[(٢)].

وهذا نص في وقوع الطلاق في الحيض لا يتوجه عليه ذلك التأويل المعلول ومن القياس أنه طلاق مكلف صادف ملكاً فوجب أن ينعقد كالطاهر.

ولأن رفع الطلاق تخفيف ووقوعه تغليظ، لأن طلاق المجنون لا يقع تخفيفاً وطلاق السكران يقع تغليظاً؛ لأن المجنون ليس بعاص والسكران عاص.

فكان المطلق في الحيض أولى بوقوع تغليظاً من رفعه عنه تخفيفاً، ولأن النهي إذا كان لمعنى ولا يعود إلى المنهي عنه لم يكن النهي موجباً لفساد ما نهي عنه، كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يوجب فساد البيع.

كذلك النهي عن الطلاق في الحيض، إنما هو لأجل تطويل العدة لا لأجل الحيض، فلم يمنع النهي عنه من وقوع الطلاق فيه.

فأما استدلاله بالآية فنصها يوجب وقوع الطلاق في العدة، ودليلها يقتضي أن لا يقع

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٣٣)، ومسلم (١، ٥/ ١٤٧١).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٨).

في العدة، لكن إذا عارض دليل الخطاب بعد صرفه عن موجبه، وقد عارضه من حديث ابن عمر ما يوجب صرفه عن موجبه.

وأما استدلالهم بقول ابن عمر فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يَرَهُ شَيْئاً فضعيف لتفرد أبي الزبير به ومخالفة جميع الرواة فيه مع أن قوله لم يره شيئاً يحتمل أنه لم يره إثماً، ولم يره شيئاً لا يقدر على استدراكه، لأنه قد بين أنه يستدرك بالرجعة.

وأما استدلالهم بالنكاح، فالفرق بين النكاح حيث بطل بعقده في حال التحريم وبين الطلاق حيث أمره بإيقاعه في حال التحريم، أن الطلاق أوسع حكماً وأقوى نفوذاً من النكاح لوقوع الطلاق مباشرة وسراية، ومعجلاً ومؤجلاً.

وعلى غرر لا يصح النكاح على مثله، فجاز أن يقع في وقت تحريمه وإن لم يصح عقد النكاح في وقت تحريمه.

وأما استدلالهم بالوكيل فالجواب عنه أن الوكيل إذا خالف الإذن زالت وكالته وليس يرجع بعد زوالها إلى ملك فرد تصرفه.

والزوج إذا خالف رجع بعد المخالفة إلى ملك فجاز تصرفه.

مسألة: قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ: «وَأُحِبُّ أَنْ يُطلِّقَ وَاحِدَةً لِتَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ لِلْمَدْخُولِ بِهَا وَخَاطِباً لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثاً لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الطَّلَاقَ فَلَيْسَ بِمَحْظُورٍ وَعَلَّمَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنُ عُمَرَ مَوْضِعَ الطَّلَاقِ فَلَوْ كَانَ فِي عَدَدِهِ مَحْظُورٌ وَمُبَاحٌ لَعَلَّمَهُ إِيَّاهُ ﷺ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. وَطَلَّقَ العَجْلَانِيُّ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثاً فَلَمْ يُنْكِرْهُ عَلَيْهِ وَسَأَلَ النَّبِيُّ ﷺ رَكَانَةَ لَمَّا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ مَا أَرَدْتَّ؟ وَلَمْ يَنْهَهُ أَنْ يَزِيدَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال لا يملك من عدد الطلاق أكثر من ثلاث، لما قدمناه من قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فإذا أراد أن يطلق ثلاثاً فالأولى والمستحب أن يفرقها في ثلاثة أطهار، فيطلق في كل طهر واحدة. ولا يجمعهن في طهر ليخرج بذلك من الخلاف وليأمن به ما يخافه من ندمه فإن طلقها ثلاثاً في وقت واحد وقعت الثلاث ولم تكن محرمة ولا بدعة والسنة والبدعة في زمان الطلاق لا في عدده.

وبه قال من الصحابة الحسن بن علي وعبد الرحمٰن بن عوف.

ومن التابعين ابن سيرين ومن الفقهاء أحمد بن حنبل.

وحكي عن السبعة وعن داود بن علي وطائفة من أهل الظاهر أن طلاق الثلاث لا يقع. فاختلف القائلون بهذا هل يكون واحدة أم لا؟ فقال المغربي: تكون واحدة، وقال آخرون: لا يقع منهن شيء.

وقال أبو حنيفة: طلاق الثلاث واقع لكنه حرام مبتدع.

---

(١) انظر الأم (١٦٣/٥).

وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود، ومن الفقهاء مالك والعراقيون.

واستدل من منع من وقوع الطلاق الثلاث بأن الله تعالى فرق طلاق الثلاث بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ فلم يجز أن يجمع ما أمر بتفريقه؛ لأنه ارتكاب ما نهى عنه. وما حرم من الطلاق لا يقع كالمراجعة.

وبما رواه عبد الله بن عباس قال: كَانَ الطَّلَاق الثَّلَاثُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيَّام أَبِي بَكْرٍ. وَصَدْرٍ مِنْ أَيَامِ عُمَرَ وَاحِدَة: فَقَالَ عُمَرُ: قَد اسْتَعْجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلَاثاً[١].

فلا يجوز لعمر أن يخالف شرعاً ثبت على عهد رسول الله ﷺ. وقد ارتفع النسخ بموته.

وبما رووه عن معاوية بن عمار عن أبي الزبير عن ابن عمر أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً فِي الحَيْضِ فَاسْتَفْتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يُرَاجِعْهَا. فَإِذَا طَهُرَتْ فَلْيَسْتَقْبِلْ بِهَا الْعِدَّةَ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ[٢]. وهذا نص.

فصل

واستدل أبو حنيفة على أن طلاق الثلاث محرم وإن كان واقعاً بقول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ [الطلاق: ١].

فتضمنت هذه الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ﴾ وإحصاؤها إنما يكون انتظاراً لوقوع الطلاق فيها.

والثاني: قوله تعالى فيها ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ يريد به الرجعة والرجعة لا تكون في الثلاث. وإنما تكون فيما دون الثلاث.

وبقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فدل على أنه لا يجوز فيه أن يكون مرة.

وبما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ هَكَذَا أَمَرَكَ رَبُّكَ إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ بِهَا الطُّهْرُ ثُمَّ تُطَلِّقُها فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةً[٣].

وبما رواه الحسن عن ابن عمر أنه قال: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ طَلْقَةً وَأَرَدْتُ أَنْ أَتْبَعَهَا طَلْقَتَيْنِ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: رَاجِعْهَا فَقُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ طَلَّقْتُهَا ثَلَاثاً فَقَالَ: كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ زَوْجَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ[٤]. فلولا أن جمع الثلاث محرم ما كان به عاصياً.

وبما رواه إبراهيم عن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده أنه قال طَلَّقَ بَعْضُ آبَائِي امْرَأَتَهُ أَلْفاً. فَانْطَلَقَ بَنُوهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا إِنَّ أَبَانَا طَلَّقَ أُمَّنَا أَلْفاً

(١) أخرجه مسلم (١٥/ ١٤٧٢). (٢) تقدم.
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٤٩٣٩). (٤) تقدم.

فَهَلْ لَهُ مِنْ مَخْرَجٍ؟ فَقَالَ: إِنَّ أَبَاكُمْ لَمْ يَتَّقِ اللَّهِ فِيمَا فَعَلَ؛ فَيَجْعَلَ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ مَخْرَجاً بَانَتْ مِنْهُ بِثَلَاثٍ عَلَى غَيْرِ السُّنَّةِ وَتِسْعُمَائَةٍ وَسَبْعَةُ وَتِسْعُونَ إِثْمٌ فِي عُنُقِهِ[١].

قال: ولأنه إجماع الصحابة. روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ إِذَا بِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً أَوْجَعَ ظَهْرَهُ.

وأن رجلاً أتى عبد الله بن عباس فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ابن عباس إن عمك عصى الله فأندمه. وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً وأن علياً وابن عباس أنكراه فكان إجماعاً، لعدم المخالف فيه.

ولأنه عدد يتعلق به البينونة فوجب أن يتكرر كاللعان.

ودليلنا على الفريقين قول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

فكان رفع الجناح عنه من غير تمييز لعدد يوجب التسوية بين الأعداد.

وروى سهل بن سعد الساعدي، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا لَاعَنَ بَيْنَ عُوَيْمِر العَجْلَانِي وَامْرَأَتَهُ قَالَ: كَذَبْتَ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتَهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً[٢].

فلو كان الجمع بين الطلاق والثلاث محرماً لأبانه ﷺ وأنكره، لأنه لا يقر على منكر.

وروي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ألبتة. فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: «مَا أَرَدْتَ بِأَلْبَتَةِ قَالَ وَاحِدَةً فَأَحْلَفَهُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ أَكْثَرَ مِنْهَا»[٣] فدل على وقوع الثلاث لو أرادها من غير تحريم.

وروى سلمة بن أبي سلمة عن أبيه أن حفص بن عمرو بن المغيرة طلق فاطمة بنت قيس ثلاثاً بكلمة واحدة. فَلَمْ يُنْكِرْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

وأن عبد الرحمٰن بن عوف طلق تماضر بنت الأصبغ الكلبية ثلاثاً في مرضه فلم ينكره الصحابة عليه، وتماضر هي أم أبي سلمة بن عبد الرحمٰن، فدل ذلك من رسول الله ﷺ ومن الصحابة بعده على إباحة الجمع بين الثلاث، وروي عن الحسن بن علي أن امرأته عائشة الخثعمية قالت له بعد قتل أبيه: لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين فقال لها: أو يقتل أمير المؤمنين وتشمتين اذهبي فأنت طالق ثلاثاً، فلم ينكر ذاك أحد من الصحابة فدل على إباحته عندهم.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠)، وسعيد بن منصور (٦/ ٢٣٢)، والطبراني كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٨)، والخطيب (٥/ ٢٧٤).

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٤٥)، ومسلم (١/ ١٤٩٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٠٦)، والترمذي (١١٧٧)، وابن ماجه (٢٠٥١)، والحاكم (٢/ ١٩٩)، والدارقطني (٤/ ٣٤)، والعقيلي (٢/ ٢٨٢).

وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن طلق امرأته مائة طلقة فقال: ثلاثة لها وأقسم الباقي على نسائها.

ومن القياس أنه طلاق وقع في طهر لم يجامعها فيه فوجب أن يكون مباحاً كالطلقة الأولى، ولأن كل طلاق جاز تفريقه جاز جمعه. أصله طلاق الزوجات يجوز أن يجمعهن في الطلاق وأن يفرقهن.

ولأن كل طلاق جاز تفريقه في الأطهار جاز إيقاعه في طهر. أصله إذا طلق في طهر ثم راجع فيه ثم طلقها فيه ثم راجع وثم طلقها فيه ثم راجع.

ولأن الثلاث لفظ يقطع الرجعة فجاز إيقاعه في طهر لا جماع فيه كالواحدة بعد اثنتين أو كالخلع.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ فمن وجهين:

أحدهما: أن المقصود به عدد الطلاق، وأنه ثلاث وأنه يملك الرجعة بعد اثنتين ولا يملكها بعد الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ولم يرد به تفريق الطلاق أو جمعه.

والثاني: أن قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ يقتضي في وقت واحد لا في وقتين كما قال تعالى: ﴿نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] يعني أجرين في وقت واحد. لا في وقتين. وهم يحرمون وقوع الطلقتين في وقت كما يحرمون وقوع الثلاث.

وأما الجواب عن الاستدلال بحديث ابن عمر. فهو أنه لم يطلق إلاّ واحدة في الحيض وقول النبي ﷺ لَوْ طَلَّقْتَهَا ثَلَاثاً كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ. يعني بإيقاعهن في الحيض لا بالجمع بينهن.

وأما أمره له في الخبر الثاني أن يطلق في كل طهر واحدة فعلى طريق الاستحباب والندب.

وأما الجواب عن حديث البراء بن عازب فمن وجهين:

أحدهما: أن الدارقطني رواه وذكر أنه ضعيف مجهول الراوي.

والثاني: أن قوله: طلقها على غير السنة؛ لأنه طلقها ألفاً وهو لا يملك إلا ثلاثاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بالإجماع فهو غير منعقد بمن ذكرنا خلافه من الصحابة وقد اختلفت الرواية عن ابن عباس، روى سعيد بن جبير أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً فقال: أما ثلاث فتحرم عليك امرأتك، وبقيتهن وزراً اتخذت آيات الله هزواً.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الفرقة لا تقع على قولهم باللعان حتى يوقعها الحاكم فلم يجز أن يكون أصلاً لما يوقع الفرقة.

والثاني: أن عدد اللعان لا يصح مجموعه فوجب تفريقه. والطلاق يصح مجموعة فلم يجب تفريقه.

والثالث: أنه لما جاز عدد اللعان في وقت واحد اقتضى أن يجوز عدد الطلاق في وقت واحد.

وأما استدلال من أنكر وقوع الثلاث بحديث ابن عباس عن عمر: فهو ضعيف لا يعرفه أصحاب الحديث. ولو سلمناه لاحتمل قوله. كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيَّامِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرٍ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ: قَدِ اسْتَعجَلْتُمْ فِي أَمْرٍ كَانَ لَكُمْ فِيهِ أَنَاةٌ. وَجَعَلَهُ ثَلَاثاً.

فمن قال لامرأته أنت طالق أنت طالق فإنه إن أراد بالثانية والثالثة طلقت واحدة. وإن أراد الاستئناف طلقت ثلاثاً.

وإن لم يكن له إرادة فعلى قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء تطلق واحدة.

والثاني: قاله في «الأم» تطلق ثلاثاً.

فعلم عمر أنهم كانوا يريدون به التأكيد فتكون واحدة، ثم صاروا يريدون به التأكيد فجعلها ثلاثاً. وإنما حملناه على هذا الاحتمال مع بُعْدِهِ؛ لأن عمر لا يجوز أن يخالف رسول الله ﷺ في شيء عمله من دينه، ولو خالفه لما أقرته الصحابة على خلافة.

ألا تراه يقول: لا تغالوا في صدقات النساء فلو كانت مكرمة لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ، فقامت إليه امرأة فقالت: يعطينا الله وتمنعنا يابن الخطاب قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] فقال عمر: كل الناس أفقه من عمر حتى امرأة ليفعل الرجل بماله ما شاء. وهم أن يخالف بين ديات الأصابع حتى ذكر له عن النبي ﷺ أنه قال: فِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكِ عَشْرٌ مِنَ الإِبْلِ. فرجع عما هم به وسوى بين دياتها.

وأما استدلالهم بما رووه عن ابن عمر أنه طلق امرأته ثلاثاً، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها فلا يعرفه أهل الحديث. وإنما الخبر أنه قال أرأيت لو طلقتها ثلاثاً فقال كُنْتَ قَدْ أَبَنْتَ امْرَأَتَكَ وَعَصَيْتَ رَبَّكَ.

ولو صح لكان محمولاً على أنه طلقها ثلاثاً في ثلاثة أوقات. فأمره بالرجعة في إحداهن بل قد روي أنه طلقها واحدة على عهد رسول الله ﷺ ثم طلقها ثانية على عهد أبي بكر، ثم طلقها ثالثة في زمن عمر. فضبط الرواة طلاقه على ما ذكرنا. فاقتضى أن يكون رواية من أطلق محموله على هذا البيان والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا طَاهِراً بَعْدَ جِمَاعٍ أَحْبَبْتُ أَنْ يَرْتَجِعَهَا ثُمَّ يُمْهَلَ لِيُطَلِّقَ كَمَا أُمِرَ وَإِنْ كَانَتْ فِي طُهْرٍ بَعْدَ جِمَاعٍ فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ بِهِ».

قال في الحاوي: فقد ذكرنا أن طلاق البدعة طلاقان:

أحدهما: الطلاق في الحيض.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٣).

والثاني: الطلاق في طهر قد جومعت فيه.

أما طلاق الحيض فلتحريمه علة واحدة، وهو أن بقية حيضها غير محتسب به من عدتها عند من جعل الأقراء الأطهار، وعند من جعلها الحيض، فصارت بالطلاق فيه غير زوجة ولا معتدة. وأما المطلقة في الطهر المجامع فيه فلتحريمه علتان:

أحدهما: أنها ربما علقت من وطئه فصارت له أم ولد فلحقه ندم من طلاق أم ولده.

والثانية: أنها تصير مرتابة في عدتها هل علقت من وطئه فتكون عدتها بوضع الحمل؟ أو لم تعلق فتكون بالإقراء؟ لكنها تعتد ببقية طهرها قرءاً فإذا طلق إحدى هاتين إما في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه فقد طلقها طلاقاً بدعياً محرماً. واستحببنا له أن يراجعها؛ لأمر رسول الله ﷺ ابن عمر حين طلق في الحيض أن يراجع، واستدراكاً لمواقعة المحظور بالإقلاع عنه ولا تجب عليه الرجعة.

وأوجبها مالك في طلاق الحائض استدلالاً بهذين.

والدليل على أن الرجعة غير واجبة وإن استحبت قول الله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ فخيره بين الرجعة والترك وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فدلت على أن الرجعة غير واجبة من وجهين:

أحدهما: أنه جعلها حقاً للأزواج لا عليهم.

والثاني: أنه قرنها بإرادة الإصلاح.

ولأن الرجعة إما أن تراد لاستدامة العقد أو إعادته. فإن أريدت لإعادته لم تجب، لأن ابتداء النكاح لا يجب، فإن أريدت لاستدامته لم تجب؛ لأن له رفعة بالطلاق، ولأن تحريم الطلاق في الحيض كتحريمه في طهر مجامع فيه، ثم لم تجب الرجعة في طهر الجماع كذلك في الحيض.

فأما حديث ابن عمر وقول النبي ﷺ مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ.

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يأمره بنفسه وجعل عمر هو الآمر له بقوله: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا دل على أن الأمر معدول به عن الوجوب إلى الاستحباب، لأنه عدل به عمن تجب أوامره إلى من لا تجب أوامره.

والثاني أن قوله: ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ترجع المشيئة إلى جمع المذكور من الرجعة والطلاق. وما رد إلى مشيئة فاعله لَم يجب.

وأما استدلاله بأن فيه استدراكاً لمواقعة المحظور. فالمحظور هو وقوع الطلاق. والطلاق الواقع لا يستدرك بالرجعة وإنما يقطع تحريمه.

فصل

فإذا ثبت أن الرجعة مستحبة غير واجبة فهي في المدخول بها إذا طلقت أقل من

ثلاث، لأن غير المدخول بها لا رجعة لها والثلاث لا رجعة معها فتكون الرجعة مع هذين الشرطين.

ثم الزمان الذي يستحق فيه الرجعة مقدر، وإن كان الشافعي قد أطلقه. فإن طلقت في الحيض كان الأمر بارتجاعها ما كان حيضها باقياً، فإن طهرت من تلك الحيضة التي طلقت فيها سقط استحباب الرجعة وكانت إلى خياره، لأنها قد صارت في طهر لا يحرم عليه طلاقها فيه فلم يؤمر بارتجاعها فيه.

وإن طلقت في طهر قد جومعت فيه كان مأموراً بارتجاعها في بقية طهرها وفي الحيضة التي بعد طهرها، فإن راجعها في هذا الحال فقد أتى بما أمر به وندب إليه، وإن لم يراجعها حتى دخلت في الطهر الثاني الذي لا يحرم عليه طلاقها فيه سقط ما كان مندوباً إليه من الرجعة وكانت إلى خياره.

فصل

فأما حديث ابن عمر فقد رواه نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرِ ثُمَّ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ.

ورواه سالم ويونس بن جبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ قَالَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا الله النِّسَاءُ. فخالف نافع لسالم وليونس في زيادة طهر؛ لأن رواية سالم حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ إِنْ شاءَ طَلَّقَ فأذن له أن يطلق في الطهر الأول بعد الحيضة التي طلق فيها وهذا صحيح.

وفي رواية نافع. حَتَّى تُطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهُرُ ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ. فأذن له أن يطلق في الطهر الثاني دون الأول. والطلاق في الطهر الأول كالطلاق في الطهر الثاني فاختلف أصحابنا في أي الروايتين أثبت وأصح.

فقال بعضهم: الأصح رواية سالم ويونس. فأما نافع فوهم في زيادة الطهر الثاني؛ لأن حكم الطلاق في الطهر الأول كحكم الطلاق في الطهر الثاني.

وقال آخرون من أصحابنا: إن رواية نافع أصح وأثبت، وإنما حذف سالم ويونس ذكر الطهر الثاني اختصاراً.

فإن قيل: فإذا كانت رواية نافع أصح فلم أذن له أن يطلق في الطهر الثاني ولم يأذن له أن يطلق في الطهر الأول وهما في الحكم سواء.

قيل: قد أجاب أصحابنا عن هذا بأربعة أجوبة:

الأول: أنه لما كان طلاق ابن عمر في الحيض موجباً لتطويل العدة عليها قابله رسول الله ﷺ على طريق العقوبة له بتطويل الرجعة إلى الطهر الثاني وإن جازت في الطهر الأول.

والجواب الثاني: أنه لما أوقع ابن عمر الطلاق في غير زمانه قابله رسول الله ﷺ باستدامة الرجعة بعد زمانها.

والجواب الثالث: أن رسول الله ﷺ أحب أن تتحقق رجعته ويقوي حكمها بالوطء فيها. وزمان الوطء بعدها هو الطهر الأول. فإذا وطىء فيه خرج إيقاع الطلاق فيه. وكان طلاق بدعة فلذلك لم يأذن له أن يطلق فيه، وأذن له أن يطلق في الطهر الثاني.

والجواب الرابع: أن رسول الله ﷺ أحب أن يكمل الاستبراء بعد الرجعة وكماله يكون بطهر بعد حيضة كاملة.

والطهر الأول لم يكن بعد حيضة كاملة؛ لأن الطلاق كان في بضاعتها وإنما الطهر الثاني بعد حيضة كاملة فلذلك جعل له أن يطلق فيه، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا وَكَانَتْ حَامِلاً أَوْ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ أَوِ الْبِدْعَةِ طُلِّقَتْ مَكَانَهَا لأَنَّهَا لَا سُنَّةَ فِي طَلَاقِهَا وَلاَ بِدْعَةَ».

قال الماوردي: اعلم أن النساء ضربان:

ضرب لا سنة في طلاقهن ولا بدعة وضرب يتعلق بطلاقهن حكم السنة والبدعة.

فأما اللاتي لا سنة في طلاقهن ولا بدعة فأربع.

إحداهن: الصغيرة التي لم تحض. **والثانية**: التي قد يئست من الحيض. **والثالثة**: الحامل. **والرابعة**: غير المدخول بها، وقد ذكرنا المعنى في أن لا سنة في طلاقهن ولا بدعة مع المختلعة التي وإن كانت بالحيض والطهر من أهل السنة والبدعة، فقد صرف الخلع طلاقها عن أن تكون لسنة أو بدعة.

وأما التي يتعلق بحكمها بطلاقها حكم السنة والبدعة فهي المدخول بها إذا كانت حاملاً من ذوات الحيض والطهر، فتصير من أهل السنة والبدعة في الطلاق باجتماع ثلاثة شروط.

أن تكون مدخولاً بها. وأن تكون حائلاً. وإن تكون من ذوات الأقراء بالحيض والطهر.

فرع

فإذا تقرر ما وصفنا فهذه المسألة مصورة على طلاق من لا سنة في طلاقها ولا بدعة من النساء الأربع. الصغيرة، والمؤيسة، والحامل، وغير المدخول بها فإذا قال لواحدة منهن أنت طالق للسنة طلقت في الحال ولم يكن طلاق سنة؛ لأنها ليست من أهل السنة فيراعى ذلك فيها وهكذا لو قال لواحدة منهن أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة؛ لأنها ليست من أهل البدعة حتى يراعى ذلك فيها. فإن قيل: فهلا

---

(١) انظر الأم (٥/١٦٣).

انتظر بها حتى تصير من أهل السنة والبدعة فتطلق للسنة أو البدعة. كما انتظر بالحائض إذا قيل: لها أنت طالق للسنة أن تطهر فتصير من أهل السنة قيل: لأن ذات الحيض في الطهر من أهل السنة والبدعة، فانتظر بطلاقها أن تكون للسنة أو البدعة. وهؤلاء الأربع لسن من أهل السنة والبدعة فلم ينتظر بطلاقهن ما لا يتصفن به من سنة ولا بدعة كما أن الأجنبية لما لم تكن من أهل الطلاق لم ينتظر بها عقد النكاح لوقوع الطلاق.

فرع

فلو قال لإحدى الأربع أنت طالق للسنة إذا صرت في الطلاق من أهل السنة روعي ذلك فيمن أمكن مراعاته فيها، وانتظر بها أن تصير من أهل السنة؛ لأنه طلاق مقيد بشرط فلم يقع قبل وجود الشرط. والفرق بين الأمرين أن هذا شرط للطلاق فانتظر. وذلك صفة للطلاق فلم ينتظر. وإذا كان كذلك فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض ثم تطهر فتطلق، وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها وتطهر فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن يجامعها. وينقضي طهر المجامعة والحيض الذي بعده ثم تطهر فتطلق.

فأما المؤيسة فلا ينتظر بها ذلك، لأنه غير ممكن فيها، فلا يقع الطلاق عليها وعلى هذا لو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للبدعة، إذا صرت في الطلاق من أهل البدعة روعي ذلك.

فإن كانت صغيرة انتظر بها أن تحيض فتطلق وإن كانت غير مدخول بها انتظر بها أن يجامعها فتطلق سواء جامعها في طهر أو حيض، لأنها تصير بعد جماعه من أهل البدعة في الحالتين. وإن كانت حاملاً انتظر بها أن تضع حملها ثم تطلق في أول نفاسها. فإن لم تر بعد ولادتها دم نفاس لم تطلق حتى يجامعها في طهرها، سواء قبل بوجوب الغسل في أحد الوجهين أو بسقوطه عنها في الوجه الثاني؛ لأن الغسل إن وجب فلوضع الحمل الجاري مجرى الإنزال لا إنه لأجل النفاس.

فرع

فلو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة، وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل السنة لم يقبل ذلك منه في ظاهر الحكم، ولزمه الطلاق معجلاً لغير السنة، ودين فيما بينه وبين الله تعالى فيما نوى. فلم يلزمه الطلاق أن تصير فيه من أهل السنة وجرى ذلك في مجرى قوله أنت طالق وقال: أردت بذلك إن دخلت الدار لم يقبل منه في ظاهر الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن، فلم تطلق إلا بدخول الدار. وهكذا لو قال لإحداهن أنت طالق للبدعة وقال: أردت بنيتي أنها تطلق إذا صارت من أهل البدعة لم يقبل منه في ظاهر الحكم وألزم تعجيل الطلاق. ودين في الباطن ولم يلزمه الطلاق إلا أن تصير إلى تلك الحال.

ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة إن كان يقع طلاق السنة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك مع الشك في حالها؛ لأنه شك في الصغيرة هل حاضت أو لم تحض؟ أو شك في الحمل هل هو حمل أو غلط أو شك في المؤيسة هل انقطع حيضها أو تأخر أو شك في غير المدخول بها هل كان قد دخل بها أو لم يدخل؟.

فلا طلاق عليه في الحال ولا إذا صارت من أهل السنة في ثاني حال؛ لأنه علق ذلك بوجود الشرط في الحال.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك وهو على يقين أنها ليست في الطلاق من أهل السنة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه شرط ملغى لاستحالته ويقع الطلاق في الحال.

والوجه الثاني: أنه معتبر مع استحالته فلا يقع الطلاق في الحال ولا أن صارت من أهل السنة في ثاني حال كما لو قال: أنت طالق إن صعدت السماء لم تطلق وإن علق بشرط مستحيل وهكذا لو قال لإحداهن: أنت طالق للبدعة إن كان يقع عليك طلاق البدعة، فإن كان مع الشك فيهن لم يقع الطلاق، وإن كان مع اليقين فعلى وجهين.

فرع

ولو قال لإحدى هؤلاء الأربع أنت طالق للسنة في الحال؛ لأنه قد جمع بين صفتين متضادتين يستحيل اجتماعهما في النساء عموماً وانفرادهما في هؤلاء خصوصاً فألغيت الصفتان وعجل وقوع الطلاق. ولو قال لإحداهن: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال وهي منصفة بهذا الحكم لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

فرع

وإذا رأت الحامل دماً يضارع الحيض صفة وقدراً. فقال لها: أنت طالق للسنة أو قال: للبدعة. فهو على اختلاف قول الشافعي في الدم على الحمل. هل يكون حيضاً أم لا؟ فعلى قوله في القديم، لا يكون حيضاً ويكون دم فساد.

فعلى هذا يكون كطلاق الحامل ذات النقاء، إن قال لها: أنت طالق للسنة، طلقت في الحال، سواء كانت في حال الدم أو في وقت انقطاعه، ولم يكن طلاق سنة. وإن قال أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أن دم الحامل إذا ضارع الحيض في الصفة والقدر كان حيضاً. فعلى هذا إن قال لها أنت طالق للسنة نظر، فإن كان بعد انقطاع حيضها طلقت، وإن كان في وقت حيضها ففي وقوع طلاقها وجهان.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها لا تطلق فيه لكونه حيضاً فصار كحيض الحائل.

والوجه الثاني: وهو قول أكثر أصحابنا: أنها تطلق فيه بخلاف حيض الحائل؛ لأن

الحائل تعتد بالطهر دون الحيض فلذلك صار طلاقها في الحيض بدعة.

والحامل تعتد بوضع الحمل دون الطهر والحيض فلم يكن طلاقها في الحيض بدعة، وعلى هذا لو قال لها وهي تحيض على الحمل أنت طالق للبدعة. فإن كان ذلك في حال حيضها طلقت في الحال وإن كان في حال طهرها فعلى ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: أنها تطلق في الحال إذا قيل: إن طلاقها في الحيض ليس ببدعة.

والوجه الثاني: أنها لا تطلق إلا في الحيض، إذا قيل: إن طلاقها في الحيض بدعة فعلى هذا لو لم تر بعد طلاقه حيضاً حتى ولدت. طلقت في نفاسها بعد الولادة. لأننا قد أثبتنا على هذا الوجه حكم هذه الصفة فلذلك وجب انتظارها، ولكن لا يختلف أصحابنا إن وطئها في طهرها على الحمل لا يكون الطلاق فيه طلاق بدعة وهذا يقتضي أن يكون طلاقها في الحيض لا يكون طلاق بدعة.

فرع

وإذا تزوج حاملاً من زنا صح نكاحها عندنا، وجاز له وطؤها في حملها وإن خالفنا فيه مالك فإن طلاقها للسنة. فإن لم يكن قد دخل بها تعجل طلاقها؛ لأن غير المدخول بها لا سنة في طلاقها ولا بدعة، فإن دخل بها لم يتعجل طلاقها وانتظر بها أن تضع حملها وينقضي نفاسها، فتطلق في أول طهرها بعد النفاس، بخلاف الحامل منه.

والفرق بين الحامل منه وبين الحامل من زنا حيث لم يكن في طلاق الحامل سنة ولا بدعة وكان في طلاق الحامل من زنا سنة وبدعة لأنه إذا طلق الحامل منه اعتدت بوضعه فارتفعت السنة والبدعة في طلاقها.

وإذا طلق الحامل من زنا لم تعتد من بوضعه واعتد بالأقراء فتثبت السنة والبدعة في طلاقها. فعلى هذا لو كانت تحيض على الحمل، فإن لم نجعله على قوله في القديم حيضاً لم نعتبره. وإن جعلناه حيضاً على قوله في الجديد اعتبرناه، فإذا طهرت منه على الحمل طلقت للسنة.

وعلى هذا لو ال لها: أنت طالق للبدعة، وقد جامعها على حملها، وقع عليها في الحال طلاق البدعة، لأن حكم هذا الحمل ملغى. وهو طهر قد جومعت فيه، فكان الطلاق فيه طلاق بدعة. ولو حاضت عليه بعد جماعه، وجعلناه حيضاً، وطهرت منه ثم طلقها للبدعة لم تطلق إلا أن تحيض على الحمل فتطلق أو يطأها في هذا الطهر فتطلق، أو تضع حملها وتصير في نفاسها فتطلق، لأن الطلاق في الحيض بدعة، وفي طهر الجماع بدعة، وفي النفاس بدعة، والله أعلم بالصواب.

فرع

ولو قال لزوجته وهي حامل منه إذا ولدت ولداً فأنت طالق للسنة فلا طلاق عليه قبل الولادة، فإذا ولدت لم تطلق حتى ينقضي نفاسها، لأنه جعله بالولادة واقعاً للسنة فلذلك روعي انقضاء نفاسها، فلو كانت المسألة بحالها فولدت ولدين طلقت بعد الأول

وقبل وضع الثاني، لأنها بوضع الأول قد وجد شرط طلاقها، وصارت مع بقاء الثاني حاملاً، والحامل إذا طلقت للسنة وقع طلاقها في الحال، لأنه لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ فَقَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلْسُّنَّةِ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ طُلِّقَتْ ثَلَاثاً مَعاً وَإِنْ كَانَتْ مُجَامَعَةً أَوْ حَائِضاً أَوْ نُفَسَاءَ وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ حِينَ تَطْهُرُ مِنَ الحَيْضِ أَوْ النِّفَاسِ وَحِينَ تَطْهُرُ المُجَامَعَةُ مِنْ أَوَّلِ حَيْضٍ بَعْدَ قَوْلِهِ وَقَبْلَ الغُسْلِ وَإِنْ قَالَ نَوَيْتُ أَنْ تَقَعَ فِي كُلِّ طُهْرٍ طَلْقَةٌ وَقَعْنَ مَعاً فِي الحُكْمِ وَعَلَى مَا نَوَى فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ».

قال الماوردي: وإذا قد مضى طلاق من لا سنة في طلاقها ولا بدعة، فهذه المسألة مقصورة على طلاق ذات السنة والبدعة من ذوات الحيض والطهر، وهو الضرب الثاني من النساء وهو أن يجتمع فيها ما قدمنا من الشروط الثلاثة.

أن تكون مدخولاً بها، وأن تكون حائلاً، وأن تكون من ذوات الحيض والطهر.

فإذا قال لهذه التي قد تكامل فيها شروط السنة والبدعة أنت طالق للسنة لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تكون في طهر لم تجامع فيه، فيقع طلاقها في الحال؛ لأنه طلاق للسنة.

والقسم الثاني: أن تكون حائضاً فلا طلاق عليها في حال الحيض فإذا انقضى بقية حيضها طلقت بدخولها في أول الطهر قبل الغسل، سوء انقطع الحيض لأقله أو لأكثره.

وقال أبو حنيفة إن انقطع حيضها لأكثره طلقت قبل الغسل، وإن انقطع حيضها لأقله لم تطلق إلا بعد الغسل، وهذا خطأ، لأن ما وقع فيه طلاق السنة بعد الغسل وقع فيه طلاق السنة قبل الغسل قياساً على أكثر الحيض. وكذلك لو كانت نفساء لم تطلق في نفاسها، لأن النفاس في حكم الحيض.

فإذا طهرت منه طلقت قبل الغسل مثل الحيض.

والقسم الثالث: أن تكون في طهر قد جامعها فيه فلا طلاق عليها في الحال؛ لأنها من غير أهل السنة في الطلاق، فإذا انقضى بقية طهرها الذي جامعها فيه وحاضت بعده حيضة كاملة ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت، لأنه حينئذٍ طلاق السنة إلا أن يجامعها في آخر الحيض وأول الطهر فلا تطلق فيه؛ لأنه بدأها وهي مجامعة وصار طهراً جامعها فيه لا يقع فيه طلاق السنة، وهكذا لو فعل ذلك مع أول كل طهر لم تطلق.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٣).

فصل

وإذا قال لها: أنت طالق للبدعة لم يخل حالها من الأقسام الثلاثة:

أحدها: أن تكون حائضاً فتطلق في الحال، لأن الحيض زمان البدعة وكذلك لو كانت نفساء طلقت؛ لأن النفاس كالحيض.

والقسم الثاني: أن تكون في طهر جامعها فيه فتطلق، لأن طهر المجامعة زمان البدعة وسواء أنزل من جماعه أو لم ينزل إذا التقى ختاناهما، لأنه حكم يستقر به الدخول ويكمل به المهر وتجب به العدة.

والقسم الثالث: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه فلا طلاق حتى تحيض فتطلق، لأن الحيض زمان البدعة، أو يجامعها في ذلك الطهر فتطلق؛ لأن طهر المجامعة زمان لطلاق البدعة ثم يعتبر حال جماعه فيه، فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حين أولج ذكره نزع وأقلع فقد طلقت بالإيلاج ولم يلزمه بعد وقوع الطلاق مهراً بالإخراج؛ لأنه ترك.

والقسم الثاني: أن يكون قد نزع بعد إيلاجه ثم استأنف الإيلاج بعده، فعليه مهر مثلها بالإيلاج الثاني؛ لأنها طلقت بالإيلاج الأول فصار مستأنفاً للإيلاج الثاني بعد طلاق رجعي فلزمه فيه مهر المثل.

والقسم الثالث: أن يكون حين أولج استدام الإيلاج ولم ينزع حتى أنهى جماعه ففي وجوب مهر المثل عليه وجهان:

أحدهما: لا مهر عليه اعتباراً بأوله فإنه كان وهي زوجة. **والوجه الثاني**: عليه مهر المثل اعتباراً بآخره؛ لأنه كان وهي مطلقة.

فرع

وإذا قد مضى ما يقع به الطلاق السنة في زمانه. وما يقع به طلاق البدعة في زمانه. فقد استقر لك زمان الطلاقين فاعتبرهما فيما تفرع منهما.

فإن قال: أنت طالق لا للسنة كانت طالقاً للبدعة، لأنه إذا لم يخل هذا الطلاق من هاتين الصفتين كان نفي إحداهما إثباتاً للأخرى.

وهكذا لو قال: أنت طالق لا للبدعة، كانت طالقاً للسنة، لأن نفي البدعة إثباتاً لضدها ولو قال: أنت طالق للسنة أو البدعة. رجع إلى خياره ليوقع ما شاء من طلاق السنة أو البدعة؛ لأن لفظه أو موضوعه للتخيير.

ولو قال: أنت طالق للسنة والبدعة طلقت في الحال لتعارض الصفتين وتنافي اجتماعهما فألغيتا: ثم ينظر في الحال: فإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة، وإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وهذا لو قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال، لأنه قد جمع في النفي بين صفتين لا بد من وجود إحداها فسقط حكم نفيه

وتعجل وقوع الطلاق فإن كان زمان السنة كان طلاق سنة، وإن كان زمان البدعة كان طلاق بدعة.

ولو قال: أنت طالق في السنة وأنت طالق بالسنة كان كقوله أنت طالق للسنة، فيقع عليها طلاق السنة، ولو قال: أنت طالق بالبدعة أو أنت طالق في البدعة كان كقوله: أنت طالق للبدعة فيقع عليها طلاق البدعة. ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج فقد حكى ابن المنذر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه طلاق الثلاث. وليس للشافعي فيه نص، لكن قياس مذهبه أن يكون طلاق بدعة. فيقع عليها طلاق البدعة، ولو قال: أنت طالق للساعة وقع عليها طلاق السنة.

فرع

ولو قال لها: أنت طالق طلقتين إحداهما للسنة والأخرى للبدعة، وقعت إحدى الطلقتين في الحال، لأنه لا يخلو أن تكون حال سنة أو بدعة. فإن كانت حال سنية كانت الأولى سنية فوقعت الثانية في زمان البدعة، وإن كانت حال بدعة كانت الأولى بدعية فوقعت الثانية في زمان السنة.

ولو قال: أنت طالق طلقتان للسنة والبدعة احتمل وجهين:

أحدهما: أن يجعل إحداهما للسنة والأخرى للبدعة إثباتاً لحكم الصفتين، لأنه إذا أمكن اجتماعهما لم يسقطا.

والوجه الثاني: أن تلغى الصفتان ويعجل إيقاع الطلقتين، لأن الظاهر من الصفتين عودهما إلى جميع الطلقتين، فلم يجز أن يفيد المطلق كما لم يجز أن يطلق المقيد.

فرع

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة فهي مسطور المسألة فتقع الثلاث معاً في زمان السنة ولا يتفرقن في ثلاثة أطهار؛ لأن السنة والبدعة عندنا في زمان الطلاق لا في عدده.

وقال أبو حنيفة ومالك: يتفرق الثلاث في ثلاثة أطهار، ولا يقعن في طهر واحد، لأن السنة والبدعة عندهما في الطلاق وفي عدده وقد مضى الكلام معهما.

فعلى هذا لو قال: أردت أن يتفرقن في ثلاثة أطهار فيقع في كل طهر واحدة لقول أبي حنيفة ومالك، فهذا محتمل وهو مخالف للظاهر، فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ويقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى، فيدين فيه فلا يقع في باطن الحكم إلا على ما نوى، وإن وقع في ظاهر الحكم معجلاً، وهكذا لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً ثم قال: أردت للسنة، فإن كانت الحال وقتاً لطلاق السنة طلقت في الحال ثلاثاً للسنة. في ظاهر الحكم وباطنه، وإن كانت الحال وقتاً لطلاق البدعة. فقد ذكر محتملاً يخالف ظاهر الإطلاق، فيقع الطلاق معجلاً في ظاهر الحكم اعتباراً بظاهر الطلاق، ولا يقع في باطن الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى إلا على ما نوى من طلاق السنة إذا جاء

زمان السنة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة ثم قال سبق لساني بقول السنة وإنما أردت طلاق الثلاث على الإطلاق قبل منه وقع الطلاق الثلاث سواء كان للسنة أو للبدعة، لأنه وإن خالف ظاهر لفظه فهو أغلظ عليه وأضر به. ومن يبين الأخف بالأغلظ قبل منه ظاهراً وباطناً، ومن بين الأغلظ بالأخف لم يقبل منه في الظاهر. وإن قبل منه في الباطن إذا كان محتملاً.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَو كَانَ قَالَ فِي كُلِّ قُرْءٍ وَاحِدَةٌ فَإِنْ كَانَتْ طَاهِراً حُبْلَى وَقَعَتِ الأُولى وَلَمْ تَقَعِ الثِّنْتَانِ إِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَلَى الحَبَلِ أَوْ لَا تَحِيضُ حَتَّى تَلِدَ ثُمَّ تَطْهُرَ فَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ لَهَا رَجْعَةٌ حَتَّى تَلِدَ بَانَتْ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَلَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا غَيْرُ الأُولَى».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة فقد صرح بتفريق الثلاث في ثلاثة أقراء، فلا يقعن إلا هكذا، فإذا كان كذلك فلا يخلو حال المرأة من أحد أمرين. إما أن تكون من أهل السنة والبدعة، أو لا تكون منهن. فإن كانت من أهل السنة والبدعة فلا يخلو حالها من أن تكون حائضاً أو طاهراً، فإن كانت حائضاً لم تطلق في حال حيضها حتى إذا طهرت طلقت في أول طهرها؛ لأنه أول زمان السنة. فإذا حاضت الحيضة الثانية ودخلت في أول الطهر الثاني طلقت طلقة ثانية، سواء راجع بعد الأولى أو لم يراجع. فإذا حاضت الحيضة الثالثة ودخلت في أول الطهر الثالث، طلقت طلقة ثالثة، سواء راجع بعد الثانية أو لم يراجع.

فأما العدة فإن لم يكن قد راجعها بنت على عدة الطلقة الألى، فإذا انقضى الطهر الثالث بدخول الحيضة الرابعة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج، وإن راجعها لم يخل حاله بعد الرجعة من أن يطأها فإن وطئها استأنفت العدة بعد الطلقة الثالثة التي بعد رجعته ووطئه ويكون ذلك الطهر الذي وقعت فيه الطلقة الثالثة قرءاً واحداً فتأتي بعده بقرأين، وإن لم يطأها بعد رجعته، فهل تبني على العدة أو تستأنها على قولين:

أحدهما: أنها تبني على عدة الطلقة الأولى، لأن الرجعة قد بطلت بما تعقبهما من الطلاق.

والقول الثاني: أنها تستأنف العدة من الطلقة الثالثة؛ لأن الرجعة قد أبطلت ما تقدمها من الطلاق.

فإما إذا كانت عند الطلاق طاهراً طلقت في الحال واحدة، لأن بقية هذا الطهر قرء. وسواء كان قد وطئها في هذا الطهر أم لا، لأن طهر الجماع قرء يقع به الاعتداد كما تعتد بطهر ليس فيه جماع. إلا أن الطلقة في طهر الجماع تكون بدعية.

وفي طهر غير الجماع تكون سنية، وهو إنما علق الطلاق بالقرء لا بالسنة فلذلك روعي ما يكون قرءاً وإن لم يكن الطلاق فيه للسنة، فإذا وقعت الطلقة الأولى في الطهر الأول لم يحل له جماعها إن لم يراجعها وإن راجعها فيه حل له جماعها فهي بقية

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٤).

طهرها فإذا حاضت حرم عليه جماعها في الحيض، فإذا دخلت في أول الطهر الثاني طلقة ثانية وحرم عليه جماعها فيه إن لم يراجعها، وإن راجعها فيه حل له جماعها في بقيته فإذا حاضت الحيضة الثانية، حرم عليه جماعها في حيضها، فإذا دخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

فأما العدة فعلى ما ذكرنا. فإن لم تراجع بنت على عدة الطلقة الأولى وانقضت عدتها بانقضاء الطهر الثالث. وإن راجعها فإن جامعها بعد الرجعة استأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة، وإن لم يجامعها فعلى ما مضى من القولين.

أحدهما: يبني على عدة الطلقة الأولى. **والقول الثاني**: يستأنف العدة من وقت الطلقة الثالثة. فلو قال لها في آخر طهرها: أنت طالق في قرء واحدة ثم حاضت قبل تمام كلامه أو مع تمامه من غير أن يتصور فيهما طهر منفصل.

قال أبو العباس بن سريج: تطلق فيه وتعتد به قرءاً لوجود الطلاق فيه، وهذا خطأ، بل لا يقع فيه الطلاق ولا يقع به اعتداد؛ لأن وقوع الطلاق بالكلام إنما يكون بعد تمام الكلام لا بأوله ألا تراه لو قيده بقيمة كلامه بشرط كان الطلاق محمولاً على ذلك الشرط ولو وقع بأوله ما حمل على شرط آخر، ولم يجد بعد تمام كلامه طهراً يكون قرءاً، فيكون شرطاً لوقوع الطلاق ولذلك لم تطلق.

فرع

وأما الحال الثانية وهو أن تكون من غير أهل السنة والبدعة وذلك بأن تكون واحدة من أربع:

إحداهن: أن تكون غير مدخول بها فتطلق واحدة في الحال طاهراً كانت أو حائضاً. وقد بانت بها لأنه لا عدة عليها ومن لا عدة عليها فلا قرء لها فتجري مجرى طلاقها للسنة فيقع الطلاق عليها في الحال. وإن لم تكون للسنة، فإن لم يتزوجها حتى مضى لها بعد الطلقة الأولى طهران انحل طلاقه فيما بقي من الطلقتين، وإن تزوجها قبل مضي الطهرين فعود طلاقه فيما بقي من الطلقتين، وإن تزوجها قبل مضي الطهرين فعود طلاقه على قولين؛ لأنه عقد طلاق في نكاح وجد شرطه في غيره.

والثانية: أن تكون حاملاً فتقع عليها في الحال طلقة واحدة، لأن الحمل قرء معتد به وتكون طلقة لا سنة فيها ولا بدعة، فلو كانت تحيض على حملها لم تطلق في الأطهار التي بين حيضها سوى الطلقة التي وقعت بحملها، سواء حكم له بحكم الحيض أم لا؛ لأنه وإن كان حيضاً فليست أطهاره أقراء يعتد بها، وإذا لم تطلق إلا واحدة بالحمل فإن لم يراجعها حتى وضعت فقد انقضت عدتها وبانت، فإن استأنف نكاحها بعد مضي طهرين من حملها لم يعد عليها طلاق، وإن استأنفه قبل مضي الطهرين ففي عود طلاقه قولان على ما ذكرناه.

وإن راجعها قبل وضعها فإذا طهرت بعد نفاسها طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقت ثالثة، فإن لم يراجع اعتدت من الطلقة الثانية، وإن راجع

ووطىء اعتدت من الطلقة الثالثة، وإن راجع ولم يطأ فعلى ما مضى من القولين.

والثالثة: أن تكون صغيرة قد دخل بها فتطلق في الحال واحدة، فإن لم يراجعها حتى مضت أربعة أشهر فقد بانت بها، وإن راجع قبل مضي ثلاثة أشهر ولم تطلق بعد رجعته ما لم تحض؛ لأنه قد وقع طلاقها فيه، فإذا حاضت ثم طهرت طلقت ثانية، فإذا حاضت ودخلت في الطهر الثاني طلقة ثالثة وحرمت عليه إلا بعد زوج. والكلام في العدة عليها مضى.

والرابعة: أن تكون مؤيسة فتطلق في الحال واحدة كالصغيرة، فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها وبانت، ولو تزوجها لم يعد الطلاق قولاً واحداً؛ لأنها في طهر قد وقع طلاقها فيه، وإن راجعها كانا على النكاح ولا تطلق بالطهر بعد الرجعة؛ لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق الأول ولا يتصور مع الإياس أن تحيض، فإن حاضت فهي غير مؤيسة فتطلق إذا طهرت من حيضها طلقة ثانية، ثم تطلق ثالثة في طهر إن كان لها بعد حيضة أخرى.

فرع: في تعليق الطلاق بالطهر

وإذا قال لها وهي حائض: إذا طهرت فأنت طالق طلقت بعد انقطاع دمها بدخولها في أول الطهر، سواء انقطع دمها لأقل الحيض أو لأكثره، وسواء اغتسلت أو لم تغتسل، ويكون طلاق سنة، ولو قال لها وهي طاهر إذا طهرت فأنت طالق، لم تطلق في هذا الطهر حتى تدخل في طهر مستقبل، وذلك بأن تحيض بعد الطهر ثم تطهر فتطلق بدخولها في أول الطهر الثاني؛ لأن لفظة إذا موضوعة للمستقبل. ألا تراه لو قال يا زيد إذا جئتني فلك دينار وهو عنده لم يستحق الدينار حتى يستأنف المجيء إليه بعد هذا القول، ولكن لو قال لها إن كانت طاهراً فأنت طالق، فإن كانت في الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً لم تطلق في الحال إلا إذا طهرت؛ لأنه جعل وجود طهرها في الحال شرطاً في وقوع الطلاق ألا تراه لو قال لها: إن كنت في الدار فأنت طالق فكانت في غير الدار لم تطلق بدخول الدار، ولو قال لها: إذا طهرت طهراً فأنت طالق فإن كانت في الحال حائضاً، فإذا مضى عليها بعد هذا الحيض طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة لوقوعه في الحيض. وإن كانت في الحال طاهراً فإذا مضى بقية طهرها وحيضة بعدها ثم طهر كامل ودخلت في أول الحيضة الثانية طلقت وكان طلاق بدعة. وإنما كان كذلك، لأن قوله إذا طهرت طهراً يقتضي كمال طهر مستقبل، ولو قال لها أنت طالق في طهرك، فإن كانت في تلك الحال طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً طلقت إذا طهرت فيقع الطلاق في هذا بالطهر في الحال وبالطهر المستقبل وإذا وقع الطلاق بالطهر في الحال لم يقع بالطهر المستقبل؛ لأن وجود الشرط قد استوفى حكمه.

فرع: في تعليق الطلاق بالحيض

وإذا قال لها وإذ هي طاهر إذا حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في أول الحيض ويكون طلاق بدعة، فإذا رأت الدم في زمان العادة فالظاهر أنه أول الحيض فيحكم بوقوع الطلاق، فإن استدام يوماً وليلة تحقق وقوعه، وإن انقطع لأقل من يوم وليلة بان أنه لم يكن حيضاً وأن الطلاق لم يقع، وإن رأت الدم قبل وقت العادة فالظاهر أنه ليس بحيض، وأن الطلاق لم يقع، وإن استدام يوماً وليلة بان أنه كان حيضاً وأن الطلاق وقع بأول الدم، ولو قال لها وهي حائض: إذا حضت فأنت طالق، لم تطلق في بقية حيضها حتى تطهر منها ثم تحيض بعد طهرها فتطلق كما ذكرنا في الطهر، ويكون طلاق بدعة، لو قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، فإن كانت طاهراً: فإذا مضى بقية طهرها ثم حيضة كاملة بعدها ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقة وكان طلاق سنة. ولو كانت حائضاً فإذا مضى بقية حيضها ثم طهر كامل ثم حيضة كاملة ثم دخلت في أول الطهر الثاني طلقت، وكان طلاق سنة. ولو قال لها: إن كنت حائضاً فأنت طالق، فكانت طاهراً لم تطلق في الحال ولا إذا حاضت في ثاني حال. ولو قال لها أنت طالق في حيضك طلقت بالحيض في الحال.

فإن لم تكن فبالحيض المستقبل كما قلنا في الطهر، فلو قال: كلما حضت فأنت طالق طلقت بدخولها في الحيضة الأولى طلقة واحدة، وبدخولها في الحيضة الثانية طلقة ثانية، وبدخولها في الحيضة الثالثة طلقة ثالثة، لأن لفظ كلما موضع للتكرار، ويكون الثلاث كلهن طلاق بدعة وتنقضي عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، لأن لها في الثلاث حيض طهرين فتأتي بالطهر الثالث وانقضاؤه يكون بدخولها في الحيضة الرابعة، ولو كان قال لها كلما حضت حيضة فأنت طالق، طلقت ثلاثاً بدخولها في الطهر الثالث وانقضت عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة، ويكون هذا طلاق سنة، لأنه يقع في أول كل طهر.

فرع آخر منه: وإذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق فقالت: قد حضت فإن صدقها فيه طلقت، وإن أكذبها فقولها فيه مقبول على نفسها، وله إحلافها، وقد طلقت. ولو قال لها: قد حضت؟ فقالت: لم أحض طلقت بإقراره. ولو قال لها: إذا حضت فضرتك عمرة طالق، فقالت: قد حضت. فإن صدقها طلقت ضرتها، وإن أكذبها لم تطلق ضرتها، لأن قولها في حيضها وإن كان مقبولاً على نفسها، مع تكذيب الزوج فهو غير مقبول على غيرها إلا بتصديق الزوج. كالمودع يقبل قوله في الوديعة على ما ذكرنا ولا يقبل قوله في ردها على غيره. فلو قال لها: إذا حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فإن صدقها طلقت هي وضرتها، وإن أكذبها طلقت هي، ولم تطلق ضرتها لأن قولها على نفسها مقبولاً وعلى ضرتها غير مقبول، فإن صدقتها الضرة على الحيض لم يؤثر تصديقها، لكن لها إحلاف الزوج على تكذيبها، وهو مخير في يمينه بين أن يحلف أن تلك لم تحض أو يحلف أن الضرة لم تطلق؛ لأن المقصود بالحيض

وقوع الطلاق في أن تكون اليمين معقودة عليه.

فرع آخر منه: ولو قال وله زوجتان: إذا حضتما فأنتما طالقتان، فإن حاضت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن حاضتا طلقتا. فلو قالتا قد حضنا، فإن صدقهما طلقتا، وإن أكذبهما لم يطلقا، لأن طلاق كل واحدة منهما بحيضها فحيض ضرتها، وقولها وإن كان مقبولاف على نفسها فقول ضرتها غير مقبول عليها، فلو صدق إحداهما وكذب الأخرى، طلقت المكذبة دون المصدقة؛ لأن المكذبة قولها مقبول على نفسها، وقد صدق عليها ضرتها فطلقت، فضرة المصدقة مكذبة عليها فلم تطلق.

فلو قال وهن ثلاث إذا حضتن فأنتن طوالق، فإذا حاضت واحدة منهن أو اثنتان لم تطلق واحدة منهن. فإذا حضن معاً طلقن كلهن، فلو قلن: قد حضن فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلق، وإن صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن في طلاق كل واحدة منهن مكذبة عليها. ولو صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها؛ لأنه قد صدق ضرتيها عليها، ولا تطلق كل واحدة من المصدقتين؛ لأن في إحدى ضرتيها مكذبة.

ولو كن أربعاً فقال: إذا حضتن فأنتن طوالق فقلن: قد حضنا فإن صدقهن طلقن وإن كذبهن لم يطلقن، وإن صدق واحدة وكذب ثلاثاً لم يطلقن، وكذلك لو صدق اثنتين وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن؛ لأن طلاق كل واحدة يكون بحيضها وحيض ضرائرها الثلاث وكل واحدة من المصدقتين قد كذب عليها ضرتين، وكل واحدة من المكذبتين قد كذب عليها ضرة، فلو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها دون المصدقات؛ لأن قول المكذبة مقبول على نفسها وقد صدق ضرائرها عليها فطلقت.

وكل واحدة من المصدقات قد كذب عليها واحدة من ضرائرها فلم تطلق.

فرع آخر منه: وإذا كان له أربع زوجات فقال: أيتكن حاضت فضرائرها طوالق فإن حاضت واحدة منهن لم تطلق، وطلق كل واحدة من ضرائرها واحدة؛ لأن حيض كل واحدة شرط في طلاق غيرها. فإن حاضت ثانية لم تطلق هي، وطلقت الحائض الأولى واحدة، وطلقت كل واحدة في الحيضة الثانية ثانية ثانية، فإن حاضت ثالثة طلقت بها الأولى طلقة ثانية وطلقت الثانية طلقة ثانية وطلقت بها والرابعة طلقة ثالثة، فإن حاضت الرابعة طلقت بها الأولى طلقة ثالثة، وطلقت بها الثانية طلقة ثانية، وطلقت بها الثالثة طلقة ثالثة، فيطلقن ثلاثاً ثلاثاً، فلو قلن: قد حضنا فإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، لأن طلاقها بحيض ضرائرها لا بحيضها، وإن صدق واحدة منهن وكذبت الباقيات طلقت كل واحدة من المكذبات الثلاث واحدة واحدة، لأنه قد صدق عليها واحدة، ولا تطلق المصدقة؛ لأن كل واحدة من ضرائرها مكذبة.

ولو صدق اثنتين وكذب اثنتين طلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين؛ لأنه قد صدقها عليها ضرتين وطلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة واحدة، لأنه قد صدق

عليها ضرة واحدة، ولو صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين؛ لأنه ثد صدق عليها ضرتين، ولو صدق الأربع كلهن طلقت واحدة منهن ثلاثاً؛ لأنه قد صدق عليها ثلاث ضرائر.

فرع

وإذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق واحدة، فإذا حضت حيضتين فأنت طالق اثنتين. فحاضت حيضتين طلقت ثلاثاً، بالأولى منهما طلقة؛ لأنها قد حاضت حيضة، وبالثانية طلقتين: لأنها قد حاضت حيضتين.

ومثاله أن يقول: إن كلمت رجلاً فأنت طالق واحدة، وإن كلمت شيخاً فأنت طالق واحدة وإن كلمت زيداً فأنت طالق واحدة فكلمت زيداً وكان شيخاً طلقت ثلاثاً، واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ وثالثة بأنه زيد، ولو كلمت عمراً وإن كان شاباً لم تطلق إلا واحدة بأنه رجل. ولو كان شيخاً لم تطلق الاثنتين واحدة بأنه رجل وثانية بأنه شيخ، ولكن لو قال لها: إذا حضت فأنت طالق واحدة، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ثنتين لم تطلق ثلاثاً إلا بثلاث حيض لأجل قوله. فيقع منهما بالحيضة الأولى طلقة ولا تطلق بالحيضة الثانية شيئاً، فإذا حاضت الحيضة الثالثة صارت مع الحيضة الثانية صفة لوقوع الطلقتين فتطلق حينئذٍ ثلاثاً، وإنما كذلك، لأن ثم توجب التراخي والفصل، والواو توجب الاشتراك والجمع، فلذلك فافترقا في هذين الموضعين.

فرع آخر: إذا قال وله امرأتان: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقتان ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه علق طلاقهما بحيضة منهما ومستحيل أن يشتركا في حيضة واحدة ولا بحيض إحداهما؛ لأنها لا تكون الحيضة منهما فصار تعليق الطلاق بها لغواً فلم تقع.

والوجه الثاني: أن الشرط صحيح وتعليق الطلاق به جائز، ومعنى قوله: إذا حضتما حيضة أي إذا حاضت كل واحدة منكما حيضة فأنتما طالقتان، والكلام إذا كان مفهوم المعنى وأمكن حمله على الصحة. وإن كان على وجه المجاز لم يجز حمله على الإلغاء والفساد، فإذا حاضت كل واحدة حيضة كاملة طلقت طلاق السنة لوقوعه في أول الطهر وأن حاضت إحداهما دون الأخرى لم تطلق واحدة منهما. وأصل هذه المسألة: اختلاف المتقدمين من أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة فيمن قال لامرأتيه إذا ولدتما ولداً فأنتما طالقتان، فذهب الربيع بن سليمان من أصحابنا وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة إلى أنهما لا يلحقهما بالولادة طلاق، لأنه إن ولدت إحداهما لم يكن ذلك منهما وإن ولدتا معاً لم يكن ذلك ولداً، فلذلك لم تطلق واحدة منهما بولادتها ولا بولادتهما. وذهب أبو إبراهيم المزني ومحمد بن الحسن إلى أن تعليق الطلاق بهما صحيح والمراد به ولادة كل واحدة منهما، فإذا ولدت إحداهما لم تطلق واحدة منهما، وإن ولدتا معاً طلقتا.

مسألة: قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً بَعْضُهُنَّ لِلْسُّنَّةِ وَبَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ وَقَعَتِ اثْنَتَانِ فِي أَيِّ الحَالَيْنِ كَانَتْ وَالأُخْرَى إِذَا صَارَتْ فِي الحَالِ الأُخْرَى قُلْتُ أَنَا أَشْبَهُ بِمَذْهَبِهِ عِنْدِي أَنَّ قَوْلَهُ بَعْضُهُنَّ يَحْتَمِلُ وَاحِدَةً فَلَا يَقَعُ غَيْرُهَا أَوْ اثْنَتَيْنِ فَلَا يَقَعُ غَيْرُهُمَا أَوْ مِنْ كُلٍّ وَاحِدَةٍ فَيَقَعُ بِذَالِكَ ثَلَاثٌ فَلَمَّا كَانَ الشَّكُ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ مَا أَرَادَ بِبَعْضِهِنَّ فِي الْحَالِ الأُولَى إِلاَّ وَاحِدَةً وَبَعْضُهُنَّ البَاقِي فِي الحَالِ الثَّانِية فَالأَقَلُّ يَقِينٌ وَمَا زَادَ شَكٌّ وَهُوَ لَا يَسْتَعْمِلُ الحُكْم بِالشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال لامرأته؛ أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فالبعض اسم مبهم يجوز أن يطلق على أقل الثلاث وعلى أكثرها، وعلى العدد الصحيح منها والمكسور. فإذا جعل بعض الثلاث للسنة وبعضها للبدعة لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقدر بلفظه.

والثالث: أن يقدر بنيته، فإن أطلق ولم يقدر بلفظه ولا بنيته اقتضى إطلاق التسوية بين البعض وإن لا يفضل أحدهما على الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين كانت بينهما من غير تفضيل، لأنه ليس تفضيل أحدهما بالزيادة بأولى من تفضيل الآخر. فلذلك وجب التسوية بينهما. وأن يكون كل واحد من البعضين طلقة ونصفاً، فيجعل البعض الواقع في الحال طلقة ونصفاً. والطلاق لا يتبعض بل يكمل فوجب أن يقع في الحال طلقتان، فإن كانت الحال الأولى حال السنة، كانت الطلقتان للسنة، ووقعت الثالثة للبدعة. وإن كانت الحال الأولى حال البدعة كانت الطلقتان للبدعة، والطلقة الثالثة للسنة. وقال المزني: إطلاق التبعيض يقتضي تعجيل أقلهما، فلا يقع في الحال الأولى إلا واحدة؛ لأن ذلك يقين والزيادة شك. وإذا اقترن بيقين الطلاق شك لم يعمل إلا على اليقين دون الشك وهذا خطأ؛ لأن التسوية بين البعضين في الإطلاق أولى من التفضيل لما ذكرنا، وإن قدر كل واحد من البعضين بلفظ، حمل على ما قدره بلفظه سواء عجل الأكثر فأوقع في الحال الأولى طلقتين، وفي الحال الأخرى طلقة أو عجل الأقل فأوقع في الحال الأولى طلقة وفي الحال الأخرى طلقتين أو سوى بين الحالين فأوقع في الأولى طلقتين وفي الأخرى طلقة؛ لأن التقدير ملفوظ به كالطلاق فوجب أن يعمل عليه، وإن قدر كل واحد من البعضين بنيته نظر فإن نوىٰ بأعجل البعضين أكثرهما أو التسوية بينهما عمل على نيته فوقع في الحال الأولى طلقتان، وفي الحال الثانية طلقة. وإن نوى بأعجل البعضين أقلهما، وهو أن يقع في الحال الأولى واحدة وفي الحال الثانية طلقتان ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه يقبل منه في الظاهر والباطن. ولا يقع في الحال الأولى إلا واحدة ويقع في الحال الأخرى طلقتان كما لو قدره بلفظه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٤).

والوجه الثاني: وهو قول بعض أصحابنا: أنه لا يقبل منه في الظاهر ويلزمه في الحال طلقتان في ظاهر الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال: أنت طالق ثم قال بوقت إلى شهر وهذا خطأ والفرق بينهما أن البعض حقيقة وليس كذلك إطلاق الطلاق، إذا نوى أن يكون إلى شهر؛ لأن حقيقته تعجيل الطلاق فجاز أن لا يحمل في الظاهر على نيته، والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَعْدَلَ أَوْ أَحْسَنَ أَوْ أَكْمَلَ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ الطَّلَاقُ لِلْسُّنَّةِ».

قال الماوردي: إذا قال: أنت طالق أعدل الطلاق أو أكمل الطلاق أو أفضل الطلاق أو أحسن الطلاق أو أهنأه أو أسراه أو أسوأه أو أنهاه أو قال: شبه ذلك من صفات الحمد لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون له فيه نية أو لا نية فيه، فإن لم يكن له فيه نية وجب حمله على طلاق السنة، لأنه الأعدل الأفضل الأجمل الأكمل سواء تغلظ ذلك عليه بالتعجيل أو تخفف بالتأجيل، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال طلاق السنة. وإن كانت حائضاً لم تطلق حتى إذا طهرت طلقت حينئذٍ للسنة وإن كانت له نية فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون نيته موافقة لظاهر لفظه وهو أن ينوي طلاق السنة فيحمل على ما نوى من طلاق السنة وتكون النية تأكيداً للظاهر؛ لأنه إذا حمل على طلاق السنة في غير نية كان أولى أن يحمل عليه مع النية.

والضرب الثاني: أن تكون نيته مخالفة لظاهر لفظه، وهو أن يريد به طلاق البدعة لأنه اعتقد أن الأعدل مع قبح طريقها، والأجمل بسوء خلقها، أن يطلق للبدعة فهذا على ضربين.

أحدهما: أن يكون ذلك أغلظ حاليه بأن تكون حائضاً أو مجامعة فيحمل على طلاق البدعة، ويقع الطلاق في الحال؛ لأنه أغلظ.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك أخف حاليه بأن تكون في الحال طاهراً غير مجامعة، دين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهل تقبل منه في ظاهر الحكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل منه في ظاهر الحكم، ولا يلزمه وقوع الطلاق إلا إذا صارت إلى حال البدعة، لأن ما ذكره من التأويل قد يحتمل أن يعدل بظاهر اللفظ إليه ثم لا يلزمه في ذلك إلا طلقة واحدة ما لم يرد أكثر منها.

فإن قيل فهة إذا قال: أنت طالق أكمل الطلاق يلزمه الثلاث لأنها أكمل الطلاق قيل: الثلاث هي أكمل الطلاق عدداً وقد يجوز أن يريد أكمل الطلاق صفة وحكماً، فلم يجز أن يحمل على كمال العدد دون الصفة إلا بنية؛ لأن الثلاث زيادة فلم تقع إلا

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٤).

باليمين ولكن لو قال أنت طالق أكثر الطلاق وقع ثلاثاً؛ لأن الكثرة لا تكون إلاَّ في العدد، دون الصفة، ولو قال: أنت طالق أكثر الطلاق كان واحدة ولم يكن ثلاثاً ألا بالنية، لأنه الأكثر قد يعود إلى الصفة كما يعود إلى العدد، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَقْبَحَ أَو أَسْمَجَ أَوْ أَفْحَشَ أَوْ ما أَشْبَهَهُ سَأَلْتُهُ عَنْ نِيَّتِه فَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً وَقَعَ لِلْبِدْعَةِ».

قال الماوردي: وهذا نصه ما تقدم من صفة الطلاق بصفات الحمد فإذا قال لها: أنت طالق أقبح الطلاق أو أسمج الطلاق أو أفحش الطلاق أو أردأه أو أنداه أو أضره أو أنكره أو أمرُّه. أو ما أشبه ذلك من صفات الذم، فإن لم تكن له نية حمل على طلاق البدعة، لأنه الأسمج، الأقبح الأضر الأمر. وإن كانت له نية نظر فيها فإن وافقت ظاهر لفظه، أن يريد به طلاق البدعة حمل عليها، وكان عشرتها هو الأسمج الأقبح، فإن كان ذلك أغلظ حاليه وأعجلهما عمل عليه وقل قوله فيه، وإن كان أخف حاليه وأبعدهما دين فيه، وفي قبوله منه في الحكم وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه اعتباراً بظاهر اللفظ.

والثاني: يقبل منه لاحتمال ما ذكرنا من التأويل.

فرع

ولو قال: أنت طالق أشد الطلاق ولم يكن له نية طلقت في الحال من غير مراعاة سنة ولا بدعة، لأن أشد الطلاق تعجيله وتكون رجعية، وكذلك لو قال أنت طالق أطول الطلاق أو أعرض الطلاق أو أقصر الطلاق كانت واحدة رجعية؛ لأن الطلاق لا طول له ولا عرض.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق أكبر الطلاق أو أطول الطلاق أو أعرض الطلاق أو أشد الطلاق طلقت طلقة واحدة بائنة. ووافق في الأقصر والأصغر أنها تكون رجعية. وعندنا لا تكون الواحدة بائنة بحال إلا في غير المدخول بها. والكلام معه يأتي.

مسألة: قَالَ[٢] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً حَسَنَةً قَبِيحَةً أَوْ جَمِيلةً فَاحِشَةً طُلِّقَتْ حِينَ تَكَلَّمَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذ قصد الطلاق بصفتين مختلفتين فقال: أنا طالق واحدة حسنة قبيحة، أو جميلة فاحشة، أو ضارة نافعة، أو سنية بدعية وقع طلاقها في الحال، سواء كانت في حال السنة أو في حال البدعة. واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال بعضهم: وهو الظاهر من تعليل الشافعي أنه وصفها بصفتين أحدهما صفة طلاق السنة والأخرى صفة طلاق البدعة، وهي في أحد الحالتين، وفوقع الطلاق

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٤). (٢) انظر الأم (٥/ ١٦٥).

عليهما بوجود إحدى الصفتين. وقال آخرون: بل العلة فيه أن تقابل الصفتين أوجب سقوطهما، لأجل المضادة فيهما فصارت الطلقة بسقوط الصفتين مطلقة، فوقع الطلاق بها في الحال، ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج والسر، وقع الطلاق عليها في الحال، لأن طلاق الحرج هو طلاق البدعة فصار واصفاً لها بصفتين متضادتين فيقع بها الطلاق معجلاً على ما ذكرنا من اختلاف العلتين فلو قال: أردت بالحرج طلاق الثلاث وبالسنة أن يكون في كل طهر واحدة، فهذا يحتمل ظاهر كلامه أيضاً. وهو أغلظ عليه من الواحدة المعجلة فتقع ظاهراً وباطناً على ما نوى.

ولو قال: أنت طالق ملىء مكة أو ملىء الحجاز أو ملىء الدنيا، طلقت واحدة لم يرد أكثر منها. لأن الطلاق لا يشمل محلاً، فيقع في مكان دون مكان. ويكون معنى قوله: ملىء الدنيا أي يظهر ذكرها في الدنيا، وقد ظهر فيها ذكر الواحدة كظهور الثلاث.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ لِلسُّنَّةِ فَقَدِمَ فُلَانٌ فَهِيَ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ».

قال الماوردي: لأنه علق بطلاقها بشرط وصفة، فالشرط قدوم زيد والصفة أن يكون طلاق السنة فوجب أن تعتبر الصفة بعد وجود الشرط فلا طلاق قبل قدوم زيد، فإذا قدم فقد وجد الشرط فوجب مراعاة الصفة فإن كانت عند قدوم زيد في طهر لم تجامع فيه، طلقت حال قدومه لوجود الشرط والصفة معاً، وإن كانت حائضاً أو في طهر قد جومعت فيه، لم تطلق بوجود الشرط لعدم الصفة حتى إذا صارت في طهر لا جماع فيه، طلقت بحدوث الصفة بعد وجود الشرط ولا يعتبر اجتماع الصفة والشرط. ولكن لو قال: إذا قدم فلان وأنت من ذوات السنة فأنت طالق، لم تطلق إلا بقدوم فلان وهي في ظهر لا جماع فيه، لأنه قد جعل الصفة شرطاً، وجعل طلاقها معلقاً باجتماع شرطين، فلم تطلق بوجود أحدهما ولا بانفرادهما.

ولو قال: إذا قدم زيد فأنت طالق، ولم يعلقه بسنة ولا بدعة، طلقت بقدومه طاهراً كانت أو حائضاً. لكن إن كانت طاهراً فهو طلاق سنة، وإن كانت حائضاً فهو طلاق بدعة، غير أنه لا يأثم به، لأنه لم يقصده.

ألا ترى أن متعمد وطىء الشبهة آثم، ومن لم يتعمده غير آثم، وإذا لم يأثم لم يندب إلى الرجعة كالإثم، لأن المقصود بالرجعة قطع الإثم، ولا فرق بين قوله: أنت طالق إذا قدم زيد وبين قوله إن قدم زيد، أنها لا تطلق إلا بقدوم زيد، لأنهما جميعاً حرفا شرط. ولكن لو قال: أنت طالق إذا قدم زيد، وأنت طالق أن قدم بفتح الألف طلقت مكانها، لأنهما حرفا جزاء عن ماض سواء كان زيد قد قدم أم لا؟ لأنه إن لم يقدم بطل الجزاء وثبت الحكم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٥).

فرع

ولو قال: أنت طالق للسنة إذ جاء يوم الجمعة، فيوم الجمعة شرط وطلاق السنة صفة فإن جاء يوم الجمعة وهي في طهر لا جماع فيه طلقت، وإن كانت في يوم الجمعة حائضاً فإذا طهرت طلقت، ولو كان قال لها: أنت طالق للسنة في يوم الجمعة فإن كانت فيه طاهراً طلقت، وإن كانت حائضاً فيه لم تطلق إذا طهرت، لأنه جعل وقوع طلاقها على هذه الصفة في يوم الجمعة شرطاً، فلم يقع في غيره. ولم يجعله في الكسألة الأولى شرطاً فجاز أن يقع في غيره فلذلك افترقا.

فرع

ولو قال لصغيرة أو حامل أو غير مدخول بها: إذا قدم زيد فأنت طالق للسنة. فإن قدم زيد قبل بلوغ لصغيرة ووضع الحامل، ووطء غير المدخول بها طلقت في الحال، لأنه لا سنة في طلاقهن ولا بدعة. وإن قدم زيد بعد حيض الصغيرة، ووضع الحامل، ووطىء غير المدخول بها، روعي فيهن طلاق السنة اعتباراً بحال الشرط لا وقت العقد، فإن كن في طهر طلقن، وإن كن في حيض لم يطلقن فيه حتى إذا طهرن طلقن والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لِفُلَانٍ طُلِّقَتْ مَكَانَهُ».

قال الماوردي: أما إذا قال: أنت طالق لفلان فهي طالق في الحال، لأن معناه لأجل فلان، وأما إذا قال: أنت طالق لرضى فلان، فقد ذهب قوم إلى أن رضى فلان شرط في وقوع الطلاق، وهذا خطأ بل الطلاق واقع في الحال، لأن معناه أنك طالق لرضى فلان كقوله لعبده: أنت حر لرضى الله، أو لوجه الله، فإنه يعتق ولا يكون شرطاً، لأن معناه لرضى الله، فإن قال: أردت بقولي لرضى فلان الشرط وأن معناه إن رضي فلان فلا تطلق إن لم يرض فلان دين فيما بينه وبين الله تعالى، فلم يقع إلا أن يرضى فلان. فأما الظاهر ففيه وجهان:

أحدهما: يقع الطلاق في الظاهر معجلاً اعتباراً بحكم الظاهر في الجزاء.

والوجه الثاني: لا يقع في الظاهر إلا على ما نوى، إذ رضي فلان اعتباراً باحتمال الكلام في كونه شرطاً.

فرع

ولو قال: أنت طالق إن رضي زيد وإذا رضي زيد، صار الرضى شرطاً في وقوع الطلاق، لأن إذا وإن من حروف الشرط المستقبلة، فإن رضي زيد وقع الطلاق، وإن لم يرض لم يقع، لكن الرضى في قوله: إن رضي على الفور فإن تراخي الرضى لم يصح، وفي قوله إذا رضي على التراخي، فلو رضي ولو بعد طول زمان صح، لما ذكرنا قبل

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٥).

من الفرق بين إن وإذا. وأما رضى زيد فلا يعرف إلا بقوله قد رضيت من غير أن يعتبر أمارات فعله كالمشيئة، لكن إن كان زيد صادقاً في رضاه وقع الطلاق في ظاهر الحكم. وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى على وجهين:

أحدهما: يدين اعتبارًا بحقيقة الرضى به بالقلب.

الثاني: لا يدين اعتباراً بالقول الذي لا يتحقق ما سواه. وكذلك لو قال: أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد: شِئت كاذباً كان الطلاق واقعاً في الحكم. وهل يدين فيه أم لا؟ على وجهين، فأما إذا قال: أنت طالق إذا رضي زيداً وأن رضي زيد بفتح الألف طلقت من غير اعتبار الرضى لأنهما حرفا جزاء عن ماض.

فرع

ولو قال لها: أنت طالق إن رضي زيد وكان زيد صغيراً فرضي في صغره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا حكم لرضاه، لأنه بالصغر خارج من أن يكون من أهل الرضا، فعلى هذا لا تطلق برضاه في صغره، من غير أهل الرضى، ولا تطلق برضاه في كبره لتراخي الرضى.

والوجه الثاني: وهو ضعيف أنها تطلق بقوله في صغره: قد رضيت تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن شاء زيد وكان زيد صغيراً فقال: قد شئت كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين، وهكذا لو قال لها وهي صغيرة أنت طالق إن شئت فقالت: قد شئت. كان وقوع طلاقها على هذين الوجهين. ولكن لو قال للبالغ وهي سكرى من شراب محرم، أنت طالق إن شئت فشاءت في سكرها طلقت لأن السكران في حكم الصاحي، ولو قال لها وهي صغيرة: أنت طالق إن دخلت الدار، فطلقت وجهاً واحداً كما لو علق ذلك بدخول من لا قصد له من حمار أو بهيمة طلقت.

فرع

ولو قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت إن شئت. فقال الزوج: قد شئت ففيه وجهان:

أحدهما: أن الطلاق واقع لحصول مشيئتها بمشيئة الزوج.

والوجه الثاني: وهو أولاهما ـ أن الطلاق لا يقع لأمرين:

أحدهما: أن تعليق الطلاق بمشيئتها يقتضي وجود مشيئة مطلقة، وهي علقت مشيئتها بمشيئة الزوج فكانت منه غير مطلقة.

والثاني: أن تعليق المشيئة بالصفة لا يجوز، لأنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت إن قام زيد لم يصح، كذلك إذا علقت مشيئتها بمشيئة الزوج.

فصل

ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثاً، فقالت: قد شئت ثلاثاً لم تطلق واحدة ولا ثلاثاً، لأنه جعل وقوع الواحدة مشروطاً بأن لا تشاء ثلاثاً، فإذا شاءت ثلاثاً عدم الشرط في الواحدة فلم تقع. فأما الثلاث فالمشيئة فيها شرط في رفع الواحدة، وليس بشرط في وقوع الثلاث والله أعلم.

مسألة: قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ تَكُونِي حَامِلاً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَفَ عَنْهَا حَتَّى تَمُرَّ لَهَا دَلاَلَةٌ عَلَى الْبَرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ».

قال الماوردي: أما قوله: إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فمعناه إن كنت حائلاً فأنت طالق، فلا يخلو إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإذا نفاه عن أحدهما تعلق بالآخر. وإذا كان كذلك فالظاهر عند اشتباه حالها أنها حائل، فيحرم عليه وطئها، لأن الظاهر وقوع الطلاق عليها، وعليه أن يستبرئها بعدة حرة، ثلاثة أقراء هي أطهار. وسواء كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه أم لا، لأن هذا استبراء طلاق في الظاهر، فلم يجز أن يعتد به قبل زمان وقوعه. وإذا كان كذلك لم يخل حالها عند انقضاء الأقراء من أن تكون مستبرئة أو غير مستبرئة. فإن كانت غير مستبرئة بانت بالظاهر، وهل تحل للأزواج قبل أن تمضي مدة أكثر الحمل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها قد حلت في الظاهر للأزواج وإن جاز في الممكن أن يكون بها حمل، كما تحل التي نجز طلاقها إذا اعتدت بثلاثة أقراء وإن أمكن أن يكون بها حمل.

والوجه الثاني: أنها محرمة على الأزواج حتى تمضي مدة أكثر الحمل وهي أربع سنين فتبين وقوع الطلاق عليها بيقين، كونها حائلاً وقت عقد طلاقها، والفرق بين هذه وبين التي نجز طلاقها فأمكن بعد الأقراء الثلاثة أن تكون حاملاً فلا تحرم على الأزواج بهذا التوهم الممكن، وتحرم في مسألتنا بهذا التوهم الممكن، أن التوهم في هذه المسألة يوقع شكاً في وقوع الطلاق، فجاز أن تحرم على الأزواج، والتوهم في الطلاق الناجز لا يوقع شكاً في وقوع الطلاق، وإنما يوقعه في العدة مع انقضائها بحكم الشرع في الظاهر، فجاز أن لا تحرم على الأزواج.

فرع

وإن كانت عند انقضاء الثلاثة أقراء مستبرئة بأن ظهر منها أمارات الحمل وشواهده، ففي استباحة وطئها بهذه الأمارات وجهان يخرجان من اختلاف قوليه، في نفقة الحامل المعتدة:

أحدهما: يستبيح وطئها بأمارات الحمل اعتباراً بالظاهر وتغليباً لحكمه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٥).

والوجه الثاني: أنه لا يستبيح وطئها وهو على تحريمه لجواز أن يكون غلظاً وريحاً ولا يكون حملاً صحيحاً.

والوطء المحظور لا يجوز أن يستباح بالشك، فعلى هذا لها حالتان:

إحداهما: أن لا تضع حملاً، فالطلاق قد وقع من وقت العقد، والعدة قد انقضت بالأقراء الثلاثة من بعد العقد، فإن كان وطئها فهو وطء شبهة، تعتد منه ثلاثة أقراء لا يملك فيها رجعة.

والحال الثانية: أن تضع ولداً فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من عقد الطلاق فلا طلاق عليه لعلمنا بكونها حاملاً عند عقده، لأن الحمل لا يكون أقل من سنة.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين، فالطلاق واقع والعدة منقضية بالأقراء الثلاثة، لأن الحمل لا يجوز أن يستديم أكثر من أربع سنين فيتعين بذلك أنها كانت عند وعقد الطلاق حاملاً فإن كان وطئها قبل الحمل، اعتدت بثلاثة أقراء، لأنه وطء شبهة.

والقسم الثالث: أن تضعه ما بين ستة أشهر وأربع سنين، فللزوج حالتان إحداهما أن لا يكون قد وطئها في هذه المدة فيحكم لحملها بالتقدم، ووجوده عند عقد الطلاق فلا يقع الطلاق.

والحال الثانية: أن يكون الزوج قد وطئها، فينظر في وضع الحمل، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد فهو حمل متقدم وقت العقد فلا يقع الطلاق، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من الوطء والعقد جميعاً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها تطلق تغليباً لحكم حدوثه لا بناءً على يقين منه، وفي شك في تقدمه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لا تطلق لجواز تقدمه، وتغليباً لحكم اليقين في بقاء نكاحه وإسقاطاً للشك في وقوع الطلاق والله أعلم.

فصل

فأما إذا عكس مسألة الكتاب فقال: إن كنت حائلاً فأنت طالق فهو ممنوع من وطئها حتى يستبرئها لجواز أن تكون حاملاً فتطلق، وفي هذا المنع وجهان:

أحدهما: أنه منع تحريم كالمنع في قوله: إن كنت حائلاً فأنت طالق.

والوجه الثاني: أنه كراهة لا تحريم وقد أشار إليه الشافعي في «الإملاء»، والفرق بين أن يعلق طلاقها بوجود الحمل فيكون المنع لكراهة لا لتحريم وبين أن يعلقه بعدم الحمل فيكون المنع منع تحريم هو أن الأصل أن لا حمل فحرم وطئها، إذا علقه بعدمه، ولم يحرم إذا علقه بوجوده. وإذا لزم استبراؤها لوطئه لم يخل حاله من أن يكون قد استبرأها قبل عقد طلاقها، أو لم يستبرأها، فإن لم يكن قد استبرأها فعليه أن

يستبرىء، وفي قدر ما يستبرىء به وجهان:

أحدهما: بثلاثة أقراء هي ثلاثة أطهار لأن استبراء الحرة لا يكون بأقل منها كالعدة.

والوجه الثاني: أنه يستبرئها بقرى واحد لأنه استبراء لاستباحة الوطء وليس باستبراء من فرقة، فجرى مجرى استبراء الأمة المشتراة والمسيبة وخالف الاستبراءفي المسألة المتقدمة، لأنه استبراء الفرقة، فعلى هذا هل يكون القرء طهراً أو حيضاً؟ فيه وجهان من اختلاف الوجهين في استبراء الأمة:

أحدهما: أنه الطهر.

والثاني: أنه الحيض، وإن كان قد استبرأها قبل عقد طلاقه، ففي إجزائه عن استبرائه بعد عقده وجهان:

أحدهما: يجزىء، لأنه قد يعلم به براءة الرحم.

والوجه الثاني: أنه لا يجزىء، لتقدمه على سببه، كما لا يجزىء استبراء أمة قبل الشراء عن أن يستبرئها بعد الشراء، وإذا كان كذلك لم يخل حالها بعد الاستبراء من أن تظهر بها أمارات الحمل أو لا تظهر، فإن لم تظهر بها أمارات الحمل ولا استبرأت بنفسها بعد زمان الاستبراء فهي على الزوجية وله وطئها، وإن ظهر بها أمارات الحمل انتظر به حال الوضع، ولا يخلو حاله إذا وضعته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت عقده فالطلاق به واقع لعلمنا بوجوده وقت العقد وقد انقضت العدة بانفصاله، وسواء كان قد وطئها ما بين عقد طلاقه ووضعه أم لا.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت عقده، فلا طلاق عليه لعلمنا أنه كان معدوماً عند عقده، والولد لاحق به، سواء كان يطأ أم لا، لأنها فراش له.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أربع سنين، فلا يخلو حال الزوج من أن يكون قد وطىء في هذه المدة أو لم يطأ، فإن لم يطأ طلقت، لعلمنا بوجوده حكماً وقت العقد، وإن وطىء فلا يخلو أن تضعه قبل ستة أشهر من وطئه، أو بعدها، فإن وضعته قبل ستة أشهر من وطئه أو بعدهما، فإن وضعته قبل ستة أشهر من وقته فهو حمل متقدم عند العقد، فالطلاق واقع بوضعه منقضية، وإن وضعته بعد ستة أشهر من وطئة فقد يجوز أن يكون متقدماً، ويجوز أن يكون حادثاً، والطلاق لا يقع بالشك فلا يلزمه الطلاق وجهاً واحداً والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَتْ لَهُ طَلِّقْنِي فَقَالَ كُلَّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ طُلِّقَتْ امْرَأَتُهُ الَّتِي سَأَلَتْهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عَزَلَهَا بِنِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قالت له واحدة من نسائه طلقني إما لخصومة وتغاير بين الضرائر أو لغير ذلك فقال: نسائي طوالق. فهذا على ضربين:

(١) انظر الأم (٥/١٦٦).

أحدهما: أن يرسل هذا القول من غير نية في عزل واحدة منهن، فيطلقن جميعاً، السائلة وغيرها، وقال مالك: لا تطلق السائلة وتطلق من سواها، استدلالاً بأنها توجهه بالخطاب، ولو أرادها لقابلها بالمواجهة فلما عدل إلى خطاب غائب خرجت من جملتهن. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان لو قال مبتدئاً: كل نسائي طوالق، طلقت هذه الحاضرة، وإن لم تكن سائلة في الطلاق لعمومها، لدخولها في عموم اللفظ دون سببه، فلذلك قلنا: إنهن يطلقن جميعاً فقد صار مالك في هذا الموضع تاركاً لمذهبه ومذهبنا. فأما استدلاله، بأن عدوله عن المواجهة يخرجها من الخطاب، فتفسد به إذا قال مبتدئاً، لأنها تدخل في الطلاق ولو لم يتناولها الخطاب لم تطلق.

فصل

والضرب الثاني: أن تكون له نية في عزل واحدة منهن فلا تطلق المعزولة منهن سواء كانت السائلة أو غيرها، ويطلق من سواها.

وقال أبو حنيفة: تطلق المعزولة منهن سواء في العموم كدخولها في التعيين وهذا فاسد، لأن اللفظ يصلح لجماعتهن من غير استثناء واحدة منهن كما يصح استثناء واحدة منهن، وإذا صلح لكلا الأمرين جاز أن يصرفه إلى أيهما شاء كالعموم، وفي هذا الوجه خالف التعيين، فإذا ثبت أن طلاق المعزولة لا يقع فالظاهر من كلام الشافعي أنه لا يقع ظاهراً ولا باطناً، فإن اتهمته المعزولة أحلفته وقال بعض أصحابنا: لا تطلق في الباطن، وفيما بينه وبين الله تعالى، ويطلق في ظاهر الحكم، لأن إطلاق القول يخالف تقييد النية، فدين فيه ولم يقبل في الحكم، والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ وَمَا لاَ يَقَعُ إلاَّ بِالنِّيَّةِ والطَّلَاقِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ مِنْ إِمْلَاءِ مَسَائِلِ مَالِكٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ: «ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الطَّلَاقَ فِي كِتَابِهِ بِثَلَاثَةِ أَسْمَاءَ الطَّلَاقِ وَالْفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ».

قال الماوردي: أما الطلاق فلا يقع إلا بالكلام وما قام مقامه عند العجز عن الكلام. ولا يقع بمجرد النية من غير كلام، فلو نوى طلاق امرأته لم تطلق. وقال ابن سيرين ومالك في إحدى رواياته تطلق بمجرد النية حتى لو نوى طلاق امرأته طلقت، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» قال: ولأنه لما وقعت الفرقة بنية الردة، جاز أن تقع الطلاق ودليلنا ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِه بنية أَنْفُسهَا».

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٢).

والنية من حديث النفس. فاقتضى أن تكون موضوعة عنه، ولأن الطلاق إزالة ملك والملك لا يزول بمجرد النية كالعتق والهبة، ولأن الطلاق أحد طرفي النكاح فلم يصح بمجرد النية كالعقد.

وأما قوله عليه السلام: «إِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فالمراد به ثواب قربه إلى فعلها، فلم يدخل فيه نية الطلاق، لم يفعل. فأما الردة فلأن ثبوت الردة توقع الفرقة والردة فتكون بمجرد الاعتقاد كالإيمان وليس كالطلاق.

فصل

فإذا صح أن الطلاق لا يقع إلا بالقول. فالألفاظ فيه تنقسم ثلاثة أقسام: قسم يكون صريحاً فيه، والصريح ما وقعت به الفرقة من غير نية، وقسم يكون كناية فيه. والكناية ما وقعت به الفرقة مع النية ولم تقع به من غير نية، وقسم لا يكون صريحاً فيه ولا كناية: وهو ما لا يقع به الفرقة سواء كانت معه نية أو لم تكن.

فأما صريح الطلاق فهو على مذهب الشافعي ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وقال أبو حنيفة: صريح الطلاق لفظة واحدة وهي الطلاق دون الفراق والسراح استدلالاً بأن كل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق، لم يكن صريحاً في الطلاق، قياساً على قوله أنت عليَّ حرام، وقد تعارف الناس استعمال الفراق والسراح في غير الطلاق، فلم يكن صريحاً في الطلاق.

ودليلنا هو: أن كل لفظ ورد به القرآن قصد الفرقة بين الأزواج كان صريحاً فيها كالطلاق، وقد ورد القرآن بهذه الألفاظ الثلاثة. أما الطلاق فبقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وبقوله: ﴿إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وغير ذلك.

وأما السراح فبقوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ وقال ﴿فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. وأما الفراق فبقوله: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾ [الطلاق: ٢]. اعترضوا على هذه الدلالة، وهي دلالة الشافعي بخمسة أسئلة:

أحدها: أن قالوا: هذا منتقض بالفدية، قد ورد بها القرآن في الفرقة بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وليس بصريح في الطلاق فعنه جوابان:

أحدهما: أن الفدية لفظ صريح في حكمه أنه فسخ أو طلاق على أحد القولين.

والثاني: أن مقصود الفدية استباحة مالها به، بعد أن كان محظوراً قبله بقوله: ﴿وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ﴾ [النساء: ٢٠]. فنسخ بقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والسؤال الثاني: أن قالوا: الكناية قد ورد بها القرآن في العتق بقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور: ٣٣]. والفك قد ورد به القرآن في العتق بقوله: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ۝١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ [البلد: ١٢، ١٣]. وليس الكناية والفك من صريح العتق

وكذلك السراح والفراق جاز وإن ورد بهما القرآن أو لا يكون من صريح الطلاق، فعنه جوابان:

أحدهما: ليس يلزم إذا كان ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً، أن يكون ما ورد به القرآن في الطلاق صريحاً ولا يكون افتراقهما فيه مانعاً من أن يختص كل واحد منهما بحكمه.

والثاني: أن الكناية المراد بها العقد المكتوب بين السيد وعبده دون العتق وهي صريح فيه، وأما فك الرقبة، فلنزول ذلك سبب، وهو أن أبا الأشد بن المحيي كان ذا قوة يُدِلّ بها فأنزل الله تعالى فيه: ﴿أَيَحْسَبُ أَن لَّن يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ۝٥﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ ۝١١﴾ [البلد: ١١]. أي أنه وإن ذل بقوته فليس يقدر على اقتحام العقبة، إلا بفك رقبة، فخرج مخرج الخبر عن صفة مقتحمها، ولم يخرج مخرج الأمر فيصير بذلك معتقاً لها.

والسؤال الثالث: أن السراح لو كان صريحاً كالطلاق، لما سُئِلَ رَسُولُ اللَّهُ ﷺ عِنْدَ نُزُولِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ عَنِ الثَّالِثَةِ حَتَّى بَيَّنَ فَقَالَ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ ولكان السائل يعلم أنه صريح فيستغني عن السؤال.

فالجواب عنه: أن صريح الطلاق وكنايته من الأحكام الشرعية التي تخفى عن أهل اللغة فسأله ليعلم صريح الشرع دون اللغة، وذلك مما لا يستغني عنه أحد.

والسؤال الرابع: أن الطلاق إنما كان صريحاً، لأن القرآن ورد به، ولكن لأنه لا يستعمل في غير الفرقة، لذلك صار صريحاً، والفراق والسراح قد يستعملان في غير الفرقة فكانا كناية.

قيل: قد يستعمل الطلاق في غير الفرقة، فيقال: فلان قد طلق الدنيا، إذا زهد فيها وطلقت فلاناً من وثاقه، وقد داعب الشافعي بعض إخوانه فقال:

اذْهَبْ حُصَيْنُ فَإِن ودكَ طَالِقٌ ... مِنِّي ولَيْسَ طَلَاق ذَاتِ البَيْنِ

فما أنكر ذلك حد من أهل اللغة، فلما لم يمنع من استعمال الطلاق في غيره أن يكون صريحاً فيه، كذلك الفراق والسراح.

والسؤال الخامس: أن الطلاق كان صريحاً لكثرة استعماله، والفراق والسراح يقل استعمالهما فكانا كناية، قيل: الصريح حكم شرعي فاقتضى أن يراعى فيه عرف الشرع لا عرف الاستعمال، وهما في عرف الشرع كالطلاق، وإن خالفاه في عرف الاستعمال. وقياس ثان: وهو أن إزالة الملك إذا سرى لم يقف صريحه على لفظ واحد كالعتق. وقياس ثالث: وهو أن الطلاق أحد طرفي النكاح، فوجب أن يزيد صريحه على لفظه واحدة كالعقد، وقياس رابع: وهو أن كل لفظ لا يفتقر في الطلاق عند الغضب والطلب إلى نية الطلاق كان صريحاً فيه كالطلاق، وقياس خامس: أنه أحد نوعي الطلاق فلم يقف على لفظة واحدة، كالكناية لأن الطلاق صريح وكناية.

فأما الجواب عن قياسهم فقد مضى في أجوبة الأسئلة ثم المعنى في الأصل أنه لم يرد به القرآن والله أعلم.

مسألة: قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ أَوْ فَارَقْتُكِ أَوْ سَرَّحْتُكِ لَزِمَهُ».

قال الماوردي: إذا ثبت ما دللنا عليه، أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ، الطلاق والفراق والسراح، فإذا قال لها: أنت طالق أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة، أو يا مطلقة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها: أنت مطلقة، لم يكن صريحاً، لأنه إخبار، وإذا قال لها يا مطلقة لم يكن صريحاً، لأنه نداء، وهذا خطأ، لأن إخبارها وندائها إنما يكون بحكم قد استقر عليها، ولو لم يستقر لما صح أن يكون نداء ولا خبراً، ولأن قوله أنت طالق إخبار، وهو صريح، فكذلك قوله: «أنت مطلقة»، فإذا صح أن يكون النداء صريحاً وهكذا لو قال لها: أنت مفارقة أو قد فارقتك، أو يا مفارقة، كان صريحاً في وقوع الطلاق عليها، وهكذا لو قال: أنت مسرحة أو قد سرحتك، أو يا مسرحة، كان كل هذا صريحاً في وقوع الطلاق عليها.

فصل

لو قال لها: أنت طالق يا مطلقة صار هذا النداء بعد تقديم الطلاق محتملاً فيرجع فيه إلى إرادته، لزيادة طلاق، أو لنداء من وقع عليها الطلاق، وكذلك نظائر هذا.

فصل

وإذا قال لها: أنت الطلاق ففيه وجهان:

أحدهما: أنه صريح يقع بغير نية اعتباراً باللفظ.

والوجه الثاني: يكون كناية، لأنها تكون مطلقة، ولا يكون طلاقاً.

فصل

وإذا قال لها رجل طلقت امرأتك هذه فقال: نعم، فقد اختلف أصحابنا هل يكون صريحاً في وقوع الطلاق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر: أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته كما يكون الإقرار عند سؤال الحاكم صريحاً.

والوجه الثاني: أن يكون كناية يرجع فيه إلى إرادته، لأن ظاهره إخبار عن سؤال.

مسألة: قَالَ(٢) الشَّافِعِيُّ: «وَلَمْ يَنْوِ فِي الْحُكْمِ وَيَنْوِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ طَلَاقاً مِنْ وَثَاقٍ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ يُرِيدُ حُرَّ النَّفْسِ وَلَا يَسَعُ امْرَأَتَهُ وَعَبْدَهُ أَنْ يَقْبَلَا مِنْهُ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال من تلفظ بصريح الطلاق من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقصد اللفظ وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق إجماعاً، إذا كان المتلفظ من أهل الطلاق.

والقسم الثاني: أن يقصد اللفظ ولا ينوي الفرقة، فيقع به الطلاق، لأن الصريح لا يفتقر إلى نية وهو قول جمهور الفقهاء، وقال داود: لا يقع به الطلاق إلا مع النية استدلالاً بقول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى»(١) وهذا خطأ. لقول النبيّ ﷺ: «ثَلَاثٌ جُدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُمٌّ جَدٌّ. النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ»(٢).

ولأن الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق أخرى. فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها، ولأنه لما لم يفتقر صريح العتق إلى النية، لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية ولأنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية، فلو افتقر الصريح إلى النية، لصار جميعه كناية، وإذا كان كذلك فقد وقع الطلاق مع عدم النية ظاهراً وباطناً.

والقسم الثالث: أن يبعد اللفظ ويريد به طلاقاً من وثاق، أو فراقاً إلى سفر، أو تسريحاً إلى أهل، فيلزمه الطلاق في ظاهر الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن. وقال أبو حنيفة: يلزمه الطلاق في الظاهر والباطن، ولا يدين كما لا يدين إذا تلفظ بالطلاق، ويريد به غير الطلاق.

ودليلنا: قول النبيّ ﷺ: «لَا تُحَاسِبُوا الْعَبْدَ حِسَابَ الرَّبِّ» أي لا تحاسبوه إلا على الظاهر دون الباطن، وإن كان الله تعالى يحاسب على الظاهر والباطن. وقال النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ»(٣)، ولأن اللفظ يحتمل ما نوى، لأنه لو صرح به لكان محمولاً عليه فاقتضى إذا نواه أن يكون مديناً فيه، لأنه أحد احتماليه وليس كذلك إذا وقع الطلاق مريداً به غير الطلاق، لأنه يسلب اللفظ حكمه الذي لا يحتمل غيره.

والقسم الرابع: أن لا يقصد اللفظ ولا يريد به الفرقة وإنما يسبق لسانه غلطاً أو دهشاً أو كان أعجمياً [لا يعرف لفظ الطلاق ولا حكمه] فالطلاق لازم له في ظاهر الحكم وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يلزمه في الباطن.

فصل

وأما زوجة المدين في طلاقه، إذا ألزم الطلاق في الظاهر دون الباطن، فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام: إما أن تعلم صدقه فيما دين فيه فيسعها فيما بينها وبين الله تعالى أن تقيم معه وتمكنه من نفسها، ولا يكره لها، ويجب على الزوج نفقتها، ويحرم عليها النشوز عنه، فإن نشزت لم يجبرها الحاكم، وإن أثمت لوقوع طلاقه في الظاهر،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

واختلف أصحابنا في الحاكم إذا رآهما على الاجتماع، هل يلزمه التفرقة بينهما أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه بحكم الظاهر الفرقة.

والوجه الثاني: لا يلزمه لأن ما هما عليه من الاجتماع، يجوز إباحته في الشرع، فلو فرق الحاكم بينهما ففي تحريمها عليه في الباطن وجهان من اختلاف الوجهين في وجوب حكمه بالفرقة.

والقسم الثاني: أن تعلم الزوجة كذبه فيما دين فيه، فعليها الهرب منه، ولا يسعها في حكم الظاهر والباطن أن تمكنه من نفسها، وإن جوزنا للزوج أن يستمتع بها، وإن سألت الحاكم أن يحكم بينهما بالفرقة لزمه الحكم بها، ويجوز لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج بغيره ويجوز لمن خطبته أن يتزوجها إن لم يصدق الزوج فيما دين فيه، فإن علم صدقة لم يجز أن يتزوجها إن لم يحكم الحاكم بينهما بالفرقة.

وفي جواز تزويجه بها بعد الحكم بالفرقة وجهان.

والقسم الثالث: أن لا تعلم الزوجة صدقة فيما دين فيه ولا كذبه فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه، وفي تحريمه فيما بينها وبين الله تعالى وجهان:

أحدهما: لا تحرم عليها في الباطن تغليباً لبقاء النكاح، فعلى هذا تكون في حكم القسم الأول.

والقسم الثاني: يحرم عليها في الباطن تغليباً لوقوع الطلاق في الظاهر، فعلى هذا يكون في حكم القسم الثاني. فلو ادعى عليه تصديقه فيما دين فيه وأنكرته، ففي وجوب إحلافها عليه وجهان بناء على ما مضى والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَسَوَاءٌ كانَ ذَلِكَ عِنْدَ غَضَبٍ أَوْ مَسْأَلَةِ طَلَاقٍ أَوْ رِضاً وَقَدْ يَكُونُ السَّبَبُ وَيَحْدُثُ كَلَامٌ عَلَى غَيْرِ السَّبَبِ».

قال الماوردي: أما صريح الطلاق، فيستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء وهذا متفق عليه. وأما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى سواء.

وعند مسألة الطلاق وفي الابتداء أنه لا يقع إلا بنيته وإرادته.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن لم يقترن بالكنايات سبب، من غضب أو طلب علم يقع بها الطلاق إلا مع النية، وإن قارنها سبب من طلب أو غضب فعند مالك يقع الطلاق بجميعها من غير نية، وعند أبي حنيفة: يقع الطلاق بستة ألفاظ منها بغير نية، وهي قوله: أنت خلية أو برية أو بتة، أو بائن أو حرام أو أمرك بيدك، ولا يقع بغيرها من الكنايات إلا مع النية، على ما سنذكره في موضعه، استدلالاً بأن دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه إلى غيره، وتخصه دون حكم، استشهاداً بأن الخلع لو

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

اقترن به العوض كان صحيحاً، ولو تجرد عن العوض كان كناية، فاختلف حكمه بالقرينة، كذلك سائر الكنايات، ولأنه لما كان جزاء الشرط مقصوراً عليه، وجب أن يكون الحكم عن سبب محمولاً عليه.

قال: ولأنه لفظ من ألفاظ الطلاق، ورد على طلب الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً كالفراق والسراح.

ودليلنا ما روي: «أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يزيد طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، وَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ لَهُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي أَلْبَتَّةَ، فَقَالَ لَهُ: مَا أَرَدْتَ بِهَا، فَقَالَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: أَللَّه إِنَّكَ مَا أَرَدْتَ إِلاَّ وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً»[١].

فرجع فيه إلى إرادته، ولو اختلف حكمه بالسبب، أو عند الغضب والطلب، لسأله عنه ولبينه له. ولأن الأحكام لا تختلف بالغضب والرضى كسائر الأحكام، ولأن الكناية أحد نوعي الطلاق فلم تختلف بالرضى والغضب كالصريح، ولأنها كناية لم تقترن بنية الطلاق، فلم يكن طلاقاً كالرضى وعدم الطلب.

فأما الاستدلال: بأن دلالة الحال، تصرف الكلام عن حقيقته وموضوعه، فقد قال الشافعي: إن الأسباب متقدمة والأيمان بعدها محدثة، وقد يخرج على مثالها وعلى خلافها، فأخذته لمخرج يمينه، فإذا كان لفظه عاماً، لم اعتبر بخصوص السبب. وإذا كان لفظه خاصاً لم اعتبر بعموم السبب ويرجع عن نية الطلاق في حال الغضب وفي استشهاده كلام مضى، في موضعه يمنع به من صحة الاستشهاد.

وأما قياسهم على الفراق والسرح فلأنهما صريحان في الرضى والغضب كـ«الطلاق».

وأما الشرط والجزاء مخالف للحكم والسبب لأمرين:

أحدهما: اتصال الشرط وانفصال السبب.

والثاني: أن الشرط منطوق به فلم يدخله احتمال، والسبب غير منطوق به، فدخله الاحتمال والله أعلم.

مسألة: قَالَ[٢] الشَّافِعِيُّ: «فَإِن قَالَ قَدْ فَارَقْتُك سَائِراً إِلَى الْمَسْجِدِ أَوْ سَرَّحْتُكِ إِلَى أَهْلِك أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ مِنْ وَثَاقِكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً فَإِنْ قِيلَ قَدْ يَكُونُ هَذَا طَلَاقاً تَقَدَّمَ فَأَتْبَعَهُ كَلَاماً يَخْرُجُ بِهِ مِنْهُ قِيلَ قَدْ يَقُولُ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَيَكُونُ مُؤْمِناً يُبَيِّنُ آخِرَ الْكَلَامِ عَنْ أَوَّلِهِ وَلَوْ أَفْرَدَ «لَا إِلَهَ» كَانَ كَفِراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قيد بصريح الطلاق بما يغلب حكم الصريح، مثل أن يقول: قد طلقتك من وثاقك وفارقتك إلى المسجد، وسرحتك إلى أهلك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول ذلك فاصلاً بين قوله: طلقتك، وبين قوله من وثاقك، فقد استقر

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

حكم الطلاق في الوقوع بإمساكه على قوله قد طلقتك ولا يؤثر فيه، ما استأنفه بعد الإمساك من قوله من وثاقك ولظهر أول الكلام مربوطاً بآخره كما لا يؤثر الاستثناء بمشيئة الله ويبين العدد بعد انقطاع الكلام.

والضرب الثاني: أن يقول ذلك متصلاً، لا يفصل بين قوله: طلقتك وبين قوله: من وثاقك فيصير أول الكلام مربوطاً بآخره، فيخرج أوله من الصريح، بما اتصل فيه وفي آخره. كما لو اتصل بالكلام استثناء، صار حكم أوله محمولاً على الاستثناء بآخره. فإن قيل: فقد قدح صريح الطلاق بقوله: قد طلقتك، وقد يجوز أن يتعقبه ندم، فيصله بقوله من وثاقك، قيل: لا معنى لهذا التوهم لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه، ألا ترى لو قال: لا إله إلا الله، كان موحداً بالإيمان، وإن كان أوله نفياً وآخره إثباتاً، وليس لقائل أن يقول: قد كفر بقوله لا إله ثم خاف فاستدرك بقوله لا إله، فينبغي أن يحكم بكفره، ولا يحكم بإيمانه، وإذا كان كذلك، صار اللفظ الصريح بما اتصل به من القرينة، كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع به إن لم ينوه.

فصل

وإذا قال الرجل لامرأته: أنا طالق منك، كان كناية يقع به الطلاق إن نواه، ولا يقع إن لم ينوه، وكذلك لو جعل إليها طلاق نفسها، فقالت: أنت طالق مني كان كناية، يقع بها الطلاق، إن نوته، ولا يقع إن لم تنوه، وقال أبو حنيفة: لا يقع بهما الطلاق إلا إذا قال الزوج: أنا طالق منك، ولا إذا قالت الزوجة: أنت طالق مني، ولو قال الزوج: أنا بائن منك، أو أنا حرام عليك، قال أبو حنيفة: يقع به الطلاق إن نواه، واستدل أبو حنيفة على ما خالفنا فيه بأن رجلاً جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت زوجها، فسأل عبد الله بن عباس عن ذلك، فقال: خطأ الله نؤها، هلا طلقت نفسها، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك: ولأنه لما اختص اسم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فقيل لها: إنها طالق، ولم يقل للزوج: إنه طالق، وجب أن يختص حكم الطلاق بالزوجة دون الزوج، فتقع الفرقة بالطلاق عليها ولا تقع بالطلاق عليه، لأن ثبوت الحكم يقتضي ثبوت الاسم، وانتفاء الاسم يقتضي انتفاء الحكم كما أن انتفاء اسم الزوجية يوجب انتفاء حكمها وثبوت اسمها يوجب ثبوت حكمها، قال: ولأن الزوج لو كان محلاً لوقوع الطلاق عليه، لكان صريح الطلاق فيه صريحاً، ولكان حكمه به متعلقاً فلما انتفى عنه صريح الطلاق، ولم تجب عليه العدة من الطلاق، دل على أنه ليس بمحل للطلاق كالأجنبي، ولأن قوله لزوجته: أنا طالق منك، كقوله لعبده: أنا حر منك، فلما لم يكن هذا عتقاً، لم يكن هذا طلاقاً، قال: ولأن الطلاق هو الإطلاق من الحبس، والزوجة محبوسة عن الأزواج. فجاز أن يقع عليها الطلاق والزوج غير محبوس بها عن الزوجات، لم يجز أن يقع عليه الطلاق.

ودليلنا ما روي عن عبد الله بن مسعود، سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن وقوع الطلاق على الزوج فقال عمر: كَيْفَ تَرَى أَنْتَ، فَقَالَ: أَرَى أَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَزَوْجُهَا

أَحَقُّ بِهَا، فَقَالَ عُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نِعْمَ مَا رَأَيْتَ، فدل ذلك على إجماعهما على أن وقوع الطلاق على الزوج كناية فيه، ولأنه أحد الزوجين، فجاز أن تقع الفرقة، بوقوع الطلاق عليه كالزوجة، ولأن ما صلح أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوجة، جاز أن تقع به الفرقة إذا وقع على الزوج. كالتحريم والبينونة، ولأن من صح إضافة كناية الطلاق إليه صح إضافة صريحة إليه، كالزوجة طرداً وكالأجنبية عكساً.

والاستدلال من هذا الأصل هو: أن صريح الطلاق أقوى من كنايته، فلما وقعت الفرقة بكناية الطلاق في الزوج كان وقوعها بصريحه به أولى.

فأما استدلاله بحديث ابن عباس، فقد خالف عمر وابن مسعود، وقول الاثنين أقوى من قول الواحد. وأما استدلاله بانتفاء الاسم عن الزوج أوجب انتفاء حكمه فباطل بقوله: أنا بائن منك، وحرام عليك، على أن حكم الطلاق متعلق بكل واحد من الزوجين وإن اختص أحدهما بالاسم.

وأما استدلاله بأنه لما لم يكن صريح الطلاق فيه صريحاً ولا وجب عليه العدة لم يكن محالاً له. فالجواب عنه أنه لما لم يكن في حقيقته صريحاً، لأن الصريح ما اقترن به عرف الاستعمال عندهم وعرف القرآن عندنا ولم يتناول جهة الزوج عرف الاستعمال وعرف القرآن، فكان صريحاً، وقد تناوله في جهة الزوجة عرف الاستعمال وعرف القرآن فكان صريحاً.

وأما العدة فهي الامتناع من الأزواج والزوجة ممنوعة من ذلك، في حال الزوجية فمنعت منه بعد الزوجية والزوج غير ممنوع منه في حال الزوجية، فلم يكن ممنوعاً منه بعد الزوجية.

وأما الاستدلال بقوله لعبده: أنا حر منك، فقد اختلف أصحابنا هل يكون كناية عن عتقه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون كناية في عتقه، يعتق به إذا نواه، فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون كناية، ولا يعتق به، فعلى هذا الفرق بينهما، أن العتق إنما هو إزالة الرق، والرق يختص بالعبد دون السيد فلم يصح العتق إلا أن يتوجه اللفظ إلى العبد دون السيد، وليس كذلك الطلاق، لأنه رفع الزوجية التي قد اشترك فيها الزوجان، فجاز أن تقع الفرقة بوقوعها على الزوجين.

وأما استدلاله بأن الطلاق هو إطلاق من الحبس، وهذا مختص بالزوجة دون الزوج ففيه جوابان:

أحدهما: أن الطلاق هو الإطلاق من عقد النكاح والعقد متعلق بهما فجاز أن يكون الطلاق واقعاً عليها.

والثاني: أنه وإن كان إطلاقاً من حبس، فهو محبوس بها عن نكاح أختها، وخالتها وعمتها وعن نكاح أربع سواها، كما كانت محبوسة عن غيره فجاز أن يقع الطلاق

عليه، لينطلق من حبس هذا التحريم كما وقع عليها، فانطلقت من حبس التحريم والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ بَرِيئَةٌ أَوْ بَتَّةٌ أَوْ حَرَامٌ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ فَإِنْ قَالَ قُلْتُهُ وَلَمْ أَنْوِ طَلَاقاً وَأَنْوِي بِهِ السَّاعَةَ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً حَتَّى يَبْتَدِئَهُ ونِيَّتُهُ الطَّلَاقُ وَمَا أَرَادَ مِنْ عَدَدٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ التي يخاطب بها الرجل زوجته في الطلاق تنقسم إلى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية، فأما الصريح فقد ذكرنا أنه ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، ومعنى الصريح أنه لا يفتقر في وقوعه إلى نية، وأما الكناية فهو الذي لا يقع الطلاق به إلا مع النية، وهو كل لفظ دل على المباعدة.

وقال الشافعي في كتاب «الرجعة»[2]: كل ما يشبه الطلاق فهو كناية، والكنايات ضربان: ظاهرة وباطنة، فالظاهرة ستة ألفاظ، بتة وخلية وبرية وبائن وبتلة وحرام. والباطنة اعتدي واذهبي والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك ولا حاجة لي فيك وانكحي من شئت واستبرئي وتقنعي وقومي واخرجي وتجرعي، وذوقي وكلي واشربي واختاري وما أشبه ذلك على ما سنشرحه، وكلا الأمرين الضربين عندنا سواء، وحكم الظاهرة والباطنة عندنا واحد. فإن اقترن بالنية وقع به الطلاق وإن تجرد عنها لم يقع.

وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الطلاق الثلاث من غير نية، فإن نوى بها واحدة كانت في غير المدخول بها ما نوى، وفي المدخول بها ثلاثاً.

وقال أبو حنيفة: جميع الكنايات الظاهرة والباطنة يقع بها الطلاق، إذا قارنها أحد ثلاثة أشياء: النية أو الغضب أو طلب الطلاق، ولكن ما كان ظاهراً وقع بائناً، وما كان منها باطناً وقع رجعياً، إلا أن يريد بهما ثلاثاً فتكون ثلاثاً، ولو أراد اثنتين لم تكن إلا واحدة، ولو أراد بصريح الطلاق ثلاثاً أو اثنتين، لم تكن إلا واحدة، وله في كل لفظة مذهب يطول شرحه، لكن تقريب جملته ما ذكرناه فصار الخلاف معه في أربعة فصول:

أحدهما: أن الغضب والطلب هل يقومان في الكناية مقام النية أم لا؟.

والثاني: أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة هل يكون بائناً أم لا؟.

والثالث: إذا أراد بالكنايات اثنتين هل تكون اثنتين أم لا؟.

والرابع: أنه أراد بصريح الطلاق الثلاث هل تكون ثلاثاً أم لا؟.

فأما الفصل الأول: في الطلب والغضب فقد مضى الكلام فيهما، وذكرنا أنه لا تأثير لهما في صريح ولا كناية.

فصل

وأما الفصل الثاني: وهو أن وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة، هل يكون رجعياً إذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

لم يرد به ثلاثاً، فعندنا يكون رجعياً إن أراد به واحدة أو اثنتين، أو لم تكن له نية في عدده.

وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة استدلالاً بأن قوله: أنت بائن لفظ يقتضي البينونة فوجب أن يقع الطلاق به بائناً كالثلاث، ولأنه لا يخلو أن يعمل هذا اللفظ في وقوع الطلاق، فيجب أن يقع على مقتضاه، وإن لم يعمل تجردت النية عن لفظ عامل، فيجب أن لا يقع به طلاق.

ودليلنا حديث رُكَانَةَ بْنَ عبد يَزِيد حِيْنَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ أَلْبَتَّةَ، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَمَّا أَرَادَ بِأَلْبَتَّةَ فَقَالَ: وَاحِدَة، فَأَحْلَفَهُ عَلَيْهَا، وَرَدَّهَا عَلَيْهِ[1]، فدل على أنها لا تكون ثلاثاً. فخالف قول مالك وتكون رجعية بخلاف قول أبي حنيفة، وروي أن المطلب بن حنطب طلق امرأته ألبتة، فقال له عمر أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ لَا تَبُتُّ، وهذا دليل عليهما، وروي أنه قال: فَإِنَّ الْواحِدَةَ بَتت، يعني بانقضاء العدة إن لم يمسك.

وروي أن التوأمة طلق امرأته ألبتة فقال عمر: ما أردت قال: واحدة فاستحلفه، فقال: أتراني أقيم على فرج حرام، فأحلفه وأقره على نكاحه، وليس يعرف لعمر في هذا مخالف، فكان إجماعاً على مالك وأبي حنيفة، لأن وقوع الطلاق إذا تجرد عن عدد وعوض، كان رجعياً في المدخول به، قياساً على قوله: أنت طالق، أو اعتدي أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، فإن أبا حنيفة وافق على هذه الأربع أنه يملك بها الرجعة، ولأنها معتدة يلحقها الطلاق فوجب أن يملك رجعتها كالمطلقة بالصريح، وبما ذكرنا من الكناية، ولأن ما لا يتعلق بصريح الطلاق لم يتعلق بكنايته، لتحريم الثلاث، ولأن ما لم يمنع صريحه من الرجعة لم تمنع كنايته من الرجعة لقوله: أنت واحدة، هو كناية أنت طالق.

ولأن صريح الطلاق من كنايته فلما لم يرفع الصريح الرجعة، فأولى أن لا ترفعها الكناية، ولأنه لو نوى بالطلاق صريح أنه بائن لم يرفع الرجعة، فإذا تجرد لفظ البائن عن الصريح، فأولى أن لا يرفع الرجعة، فأما استدلاله بأنه لفظ يقتضي البينونة، فمنتقض بقوله: أنت طالق ولا رجعة لي عليك، تكون طالقاً وله الرجعة، فلم يرتفع بهذا اللفظ، وإن كان مقتضياً للبينونة ثم المعنى في الأصل الذي هو الثلاث، استيفاء العدد، وأما استدلاله بأنه إذا وقع به الطلاق وقع مقتضاه، فمنتقض بلفظ الطلاق، لأنه يقتضي طلاقاً من جنسه، وقد يكون رجعياً لا يخرج به من جنسه.

فصل

وأما الفصل الثالث: وهو إذا نوى بالكنايات اثنتين وقع اثنتان عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تقع إلا واحدة، استدلالاً بأن قوله: أنت بائن يتضمن البينونة وهي نوعان: صغرى وهي التي تثبت الرجعة وتحل قبل زوج، وكبرى وهي التي تقطع

---

(١) تقدم تخريجه.

عصمة الرجعة ولا تحل إلا بعد زوج، فإذا أراد الكبرى وكانت الثلاث نبعاً وإن لم يرد الكبرى وقعت الصغرى، لأنها لا تنفك عنها وهي واحدة، فأما الثنتان فخارج منهما، ولأن لفظ البينونة لا يتضمن عدداً، لأن البائن مثل الحائض والطاهر، ولا يحسن أن تقول: أنت بائتنان كما لا يحسن أن تقول: أنت حائضتان وطاهرتان، فإذا لم يتضمن العدد لم يجز أن يعلق عليه العدد.

ودليلنا هو: أن كل عدد ملك إيقاعه بالصريح، ملك إيقاعه بالكناية كالثلاث، ولأن وقوع الثلاث أغلظ من وقوع الثنتين، لأن الثالثة لا تقع إلا بعد الثانية، فإذا وقعت الثنتان مع الثالثة فأولى أن تقع الثنتان دون الثالثة، فأما استدلاله بأن البينونة بالصريح لا تكون بواحدة فهو أنه ليس وقوعها بالواحدة، وأن يصح ضم ثانية إليها، كالمختلفة، وإن كانت تبين بالواحدة يجوز أن يخالفها على اثنتين.

وأما استدلاله بأن لفظ البائن لا يتضمن عدداً، لأنه لا يحسن أن يقال أنت بائنتان ففاسد بالثلاث، لأنه لم لم يتضمن العدد لم تقع الثلاث، وإذا جاز أن تقع ثلاثاً، جاز أن تقع ثنتين ولا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثنتين، كما لا يمتنع أن يقال: أنت بائن ثلاث.

فصل

وأما الفصل الرابع: وهو إذا نوى بصريح الطلاق ثلاثاً، فقال: أنت طالق، ونوى الثلاث كانت ثلاثاً، ولو نوى اثنتين كانت اثنتين، فيحمل صريح الطلاق على ما نوى من عدده، وقال أبو حنيفة: لا يقع بصريح الطلاق إلا واحدة، ولو قال: أنت طالق ينوي طلقتين أو ثلاثاً لم تقع إلا واحدة، إلا أن يتلفظ بالعدد نطقاً، أو يقول أنت طالق ناوياً الثلاث فتطلق ثلاثاً وفرق بين قوله: أنت طالق ينوي ثلاثاً فيطلق واحدة، وبين قوله: أنت الطلاق وينوي الثلاث، فيطلق ثلاثاً، بأن الطلاق مصدر يحتمل العدد، قال الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾.

وقوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تحتمل العدد كما لا تحتمل دخول العدد في قولهم أنت قائم وقاعد وراكع وساجد وجعل هذا الفرق بينهما دليلاً.

قال: ولأن الطلاق صريح في الواحد فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث، لأنه يؤخر إلى أن يكون اللفظ الواحد في الجنس الواحد صريحاً وكناية في حال واحدة وهذا فاسد ودليلنا أن قوله: أنت طالق، عند أهل العربية اسم فاعل، لأنهم يقولون طلقت فهي طالق كما قالوا حاضت فهي حائض، وضربت فهي ضارب، واسم الفاعل يحتمل العدد، لأنه يجب أن يفسر بأعداد المصادر، فيقال: أنت طالق طلقتين، وأنت طالق ثلاث تطليقات ومائة طلقة وضارب مائة ضربة، ولو كان الاسم لا يتضمن أعداد مصادره، فأحسن أن يعتبر به كما لا يحسن أن يقال: أنت ضارب طلقة، وقائم قعدة. ولذا تضمن العدد بدليل ما ذكرنا، جاز أن يقع به الثلاث، كما يقع بقوله: أنت الطلاق.

وتحريره قياساً: أن كل لفظ جاز أن يكون العدد فيه مظهراً، جاز أن يكون العدد فيه مضمراً، كالمصدر إذا قال: أنت الطلاق.

ودليل ثان: وهو أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً وقعت الثلاث، بقوله أنت طالق وكان قوله ثلاثاً تفسير للعدد المضمر فيه، ألا تراه لو وقال لغير مدخول بها، أنت طالق ثلاثاً طلقت ثلاثاً ولو كانت الثلاث لا تقع إلا باللفظ الأول، لما وقع عليها إلا واحدة، لأن غير المدخول بها لا تطلق بلفظ بعد لفظ، لأنه لو قال: أنت طالق وطالق وقعت الأولى ولم تقع الثانية، وإذا جاز أن يكون العدد فيه مضمراً فيه، إذا أظهره، جاز أن يكون مضمراً فيه إذا نواه.

وتحريره قياساً: أن كل عدد جاز أن يتضمنه مصدر الطلاق، جاز أن يتضمنه اسم الطلاق كالمظهر.

ودليل ثالث: وهو أنه لو قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث، طلقت ثلاثاً ونية الثلاث أقوى من إشارته بالثلاث، لأن الكناية تعمل فيها النية، ولا تعمل فيها الإشارة فلما وقعت الثلاث بالإشارة، فأولى أن تقع بالنية، وأما استدلاله بأن قوله: أنت طالق إخبار عن صفة، لا تتضمن عدداً فهو خطأ، لما ذكرنا أنه اسم يحتمل العدد بما بيناه من جواز قوله: أنت طالق ثلاثاً، وقوله: أنت حائض وطاهر وقائم وقاعد، فهو مما لا يجوز أن يجتمع منه عدد في حال واحدة، فلم يتضمن العدد، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه لا يصح أن يجتمع منه العدد في حالة واحدة، فجاز أن يتضمن العدد، كما يجوز أن يقول: أنت عالم عِلْمَينِ، وجائر جورين فيجوز أن يتضمنه العدد.

وأما استدلاله بأنه صريح في الواحدة، فلم يجز أن يكون كناية في الثلاث، فغير مسلم، لأنه إذا نوى الثلاث، كان صريحاً فيها، ولم يكن صريحاً في واحدة، كناية في اثنتين فلم يسلم لهم الاستدلال.

فصل

وإذا تمهد حكم الكناية وأن الطلاق لا يقع بها إلا مع النية، فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق، لأن قوله: أنت خلية يحتمل خلية من خير، وخلية من شر وخلية من زوج فلم يحمل على إحدى احتمالاته بغير نية، وكذلك قوله: أنت بائن يحتمل من الخير والشر والزوج وكذلك سائر الكنايات، يتقابل فيها الاحتمال، فلم يقع بها طلاق من غير نية، فإما إذا وجدت الكناية ونية الطلاق، فلا يخلو حال النية من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون النية متقدمة على جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق، ولأن النية تجردت عن لفظ فلم يقع بها طلاق، واللفظ تجرد عن نية، فلم يقع به طلاق.

والقسم الثاني: أن تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ، فلا يقع الطلاق أيضاً، لما ذكرنا أن اللفظ لما تجرد عن النية لم يقع به طلاق، والنية لما تجردت عن اللفظ لم يقع بها طلاق.

مثال هذين: نية الصلاة، إن تقدمت على الإحرام لم تصح، وإن تأخرت عنه لم تصح.

والقسم الثالث: أن تكون النية مقارنة لجميع اللفظ، فتوجد من أول اللفظ إلى آخره فالطلاق واقع، والنية معاً، ولا يكون وقوعه بأحدهما، وإن كان اللفظ هو المغلب لظهوره.

والقسم الرابع: أن توجد النية في بعض اللفظ وتعدم في بعضه، إما أن توجد في أوله وتعدم في آخره، أو توجد في آخره، وتعدم في أوله، مثل أن يقول لها: أنت بائن، فينوي عند قوله: أنت با، بترك النية عند قوله ئن، أو يترك النية عند قوله: أنت با وينوي عند قوله ئن، ففي وقوع الطلاق به وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يقع اللفظ إذا اعتبرت فيه النية، كان وجودها عند بعضها، كعدمها في جميعه كالنية في تكبيرة الإحرام.

والوجه الثاني: أن الطلاق واقع، لأن استصحاب النية في جميع ما يعتبره فيه النية ليس بلازم كالصلاة لا يلزم استصحاب النية في جميعها.

والأصح عندي، أن ينظر في النية فإن وجدت في أول اللفظ، وقع به الطلاق، وإن عدمت في آخره كالصلاة، إذا وجدت النية في أولها، جاز أن تعدم في آخرها، وإن وجدت النية في آخر اللفظ وعدمت في أوله، لم يقع له الطلاق، كالنية في آخر الصلاة، ولأن النية إذا انعقدت مع أول اللفظ، كان باقيه راجعاً إليها، وإذا خلت من أوله صار لغواً وكان ما بقي منه مع النية ناقصاً، فخرج من كنايات الطلاق، وهذا التفصيل أشبه بنص الشافعي، لأنه قال: لم يكن طلاقاً حتى يبتدأ ونيته الطلاق، فاعتبرها في ابتداء اللفظ والله أعلم.

مسألة: قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ: «(قَالَ) وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ حُرَّةٌ يُرِيدُ بِهَا الطَّلَاقَ وَلأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ يُرِيدُ الْعِتْقَ لَزِمَهُ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، أما صريح العتق فهو كناية في الطلاق إجماعاً فإذا قال الرجل لامرأته، أنت حرة أو أنت معتقة، يريد طلاقها، طلقت، لأن عتق الأمة إطلاق من حبس الرق، كما أن طلاق الزوجة إطلاق من حبس النكاح، فتقارب معناهما، وأما صريح الطلاق فهو كناية عندنا في العتق، فإذا قال لأمته أنت طالق، أو مسرحة أو مفارقة، يريد عتقها عتقت، وقال أبو حنيفة: لا تعتق ولا يكون صريح الطلاق كناية في العتق، وإن كان صريح العتق كناية في الطلاق، استدلالاً بأن الطلاق يوجب التحريم، وتحريم الأمة لا يوجب عتقها، لأنه يملك من تحرم عليه بنسب أو رضاع، ولا تعتق عليه، ولا يشبه قوله لزوجته، أنت حرة فتطلق، لأن عتق الأمة تحريم، وتحريم الزوجة موجب لزوال الملك عنها، فجاز أن يكون طلاقاً لها، قال:

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

ولأن كل لفظ كان صريحاً في تحريم الحرائر لم يكن كناية في عتق الإماء كالظهار، ولأن لفظ الطلاق أضعف حكماً من لفظ الحرية، لأنه مختص بإزالة الملك عن الاستمتاع، والحرية تزيل الملك عن الرق والاستمتاع، فجاز أن تكون الحرية كناية في الطلاق لقوتها، ولم يجز أن يكون الطلاق كناية في العتق لضعفه، كالبيع لما كان أقوى من الإجازة، جاز أن تنعقد الإجارة بلفظ البيع، ولم يجز أن ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

ودليلنا قول النبيّ ﷺ: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ[1]، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى» فكان على عمومه، ولأن صريح ما يجري فيه النية أنه كناية، في مثله كالعتق في الطلاق، ولأن كل لفظ صح استعماله في الطلاق، صح استعماله في العتق، كقوله: لا سلطان لي عليك، ولأن ما صح وقوع الطلاق به، صح وقوع الحرية به، كقوله أنت حرة، ولأن صريح الطلاق أقوى من كنايته فلما وقعت الحرية بكناية الطلاق، فأولى أن تقع بصريحه، ولأنه لما كانت الحرية كناية في طلاق الحرة، وهي صفتها في حال الزوجية، فأولى أن يكون الطلاق كناية في عتق الأمة وليس من صفتها في حال الرق.

فأما استدلاله بأن تحريم الطلاق لا ينافي بقاء الرق، فالجواب عنه أن صريح الطلاق إنما كان كنايئ في العتق، لأنه يتضمن الإطلاق من حبس العتق، لا بما يتعلق به من التحريم، وأما قياسهم على الظهار، فالظهار عندنا كناية في العتق كالطلاق فسقط الاستدلال به ثم لو سلم لهم هذا الأصل - وليس بمسلم - لكان الفرق بينهما، لأن الطلاق مزيل للملك مع التحريم، فجاز أن تقع به الحرية، والظهار مختص بالتحريم من غير أن يزول به الملك، فلم تقع به الحرية. وأما استدلالهم بأن لفظ الطلاق أضعف من لفظ العتاق لاختصاصه بإزالة الاستمتاع عن المنفعة دون الرقبة، فالجواب: أنه وإن ضعف عنه في الإماء فهو أقوى منه في الحرائر، ثم لا ينكر أن يساويه في القوة إذا انضمت إليه النية كما تساويه كناية الطلاق التي هي أضعف من صريح الطلاق، إذا انضمت إليه النية، واستشهادهم بالبيع والإجارة، فهم لا يجوزون عقد الإجارة بلفظ البيع، كما لا يجوز عقد البيع بلفظ الإجارة وإن جاز عندنا، والفرق بينهما أن لفظ البيع أعم من لفظ الإجارة، فجاز أن يعقد الأخص باللفظ الأعم، ولم يجز أن يعقد الأعم باللفظ الأخص والله أعلم.

مسألة: قَالَ[2] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بَائِناً كَانَتْ واحِدَةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ لأنَ اللَّهَ تَعَالَى حَكَمَ فِي الوَاحِدَةِ والثِّنْتَيْنِ بِالرَّجْعَةِ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَلَا وَلَاءَ لِيعَلَيْكَ كَانَ حُرًّا وَالْوَلَاءُ لَهُ جَعَلَ عَلَيهِ الصَّلَاةُ والسَّلَامُ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ كَمَا جَعَلَ اللَّهُ الرَّجْعَةَ لِمَنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أو اثْنَتَيْنِ وَطَلَّقَ ركانةُ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَأَحْلَفَهُ النَّبِيُّ ﷺ ما أَرَادَ إِلَّا وَاحِدَةً وَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَطَلَّقَ الْمُطَّلِبُ بْنُ حنْطبٍ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَمْسِكْ عَلَيْكَ امْرَأَتَكَ فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ بَتَّتْ وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِرَجُلٍ

---

(١) تقدم مراراً.

(٢) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

قَالَ لامْرَأَتِهِ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ مَا أَرَدت؟ وَقَالَ شُرَيْحٌ أَمَّا الطَّلَاقُ فَسُنَّةٌ فَأَمْضُوهُ وَأَمَّا أَلْبَتَّةُ فَبِدْعَةٌ فَدِينُوهُ (قَالَ) وَيَحْتَمِلُ طَلَاقُ أَلْبَتَّةِ يَقِيناً وَيَحْتَمِلُ الإِبْتَاتَ الَّذِي لَيْسَ بَعْدَهُ شَيْءٌ وَيَحْتَمِلُ وَاحِدَةً مُبِينَةً مِنْهُ حَتَّى يَرْتَجِعَهَا فَلَمَّا احْتَمَلَتْ مَعَانِي جُعِلَتْ إِلَى قَائِلِهَا».

قال الماوردي: وهذا الكلام يشتمل على فصلين:

أحدهما: أنه إذا طلق امرأته واحدة بائنة كانت رجعية، ولا تبين بالواحدة، وإن جعلها بائنة، كما لا يسقط ولاء العتق، وإذا شرط سقوطه في العتق.

وقال أبو حنيفة: تكون الواحدة بائنة إذا جعلها بائنة، وتسقط الرجعة فيها بإسقاطه لها، وبنى على أصله، إذا قال لها: أنت بائن يريد به الطلاق، أنها تطلق واحدة بائنة، لا يملك فيها الرجعة، وقد مضى معه فيه، ثم تفسد مذهبه ها هنا من وجهين أيضاً:

أحدهما: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة بائنة، كانت طالقاً واحدة غير بائنة.

والثاني: أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة، لا رجعة لي فيها، كانت طالقاً واحدة له الرجعة، كذلك في الواحدة والثانية.

والفصل الثاني: في الكناية يشتمل على فصلين:

أحدهما: أن الكناية لا يقع الطلاق بها إلا مع النية، وإن وقع بالصلاريح ردًّا على مالك حيث أوقع الطلاق بالكناية من غير نية، وعلى من ذهب إلى قول داود: أن الطلاق لا يقع بالصريح من غير نية، وقد مضى الكلام معهما والفرق بين الصريح والكناية، في اعتبار النية في الكناية، دون الصريح من وجهين:

أحدهما: أن الصريح لا يحتمل إلا معنى واحد، فحمل على موجبه من غير نية، والكناية تحمل معاني، فلم تنصرف إلى أحدهما إلا بنية، ألا ترى أن ما كان من العبادات لا تعقد إلا على وجه واحد، كأداء الأمانة، وإزالة النجاسة لم تفتقر إلى نية، وما كان محتملاً كالصوم لم يصح أن يكون عبادة إلا بالنية.

والثاني: أن الصريح حقيقة والثاني مجاز، والحقائق يفهم مقصودها بغير قرينة والمجاز لا يقوم مقصوده إلا بقرينة، فلذلك افتقرت الكناية إلى نية، ولم يفتقر الصريح إلى نية.

والفصل الثاني: أن الكناية إذا وقع بها الطلاق مع النية كالبائن والبتة والخلية والبرية كان رجعياً، إلا أن ينوي ثلاثاً، وقال أبو حنيفة: يكون بائناً، لا يملك فيه الرجعة وقد مضى الكلام معه فيه.

مسألة: قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَتَبَ بِطَلَاقِهَا فَلَا يَكُونُ طَلَاقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ كَمَا لَا يَكُونُ مَا خَالَفَهُ الصَّرِيحُ طَلَاقاً إِلاَّ بِأَنْ يَنْوِيهِ».

قال الماوردي: أما وقوع الطلاق بغير الكلام فينقسم ثلاثة أقسام: فعل وكناية وإشارة، فأما الفعل: مثل الضرب والإخراج من المنزل، وما جرى مجراه من الإبعاد

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٧).

والطرد، فلا يقع به الطلاق وإن نواه وعند مالك يكون طلاقاً، لأنه يوقع الطلاق بمجرد النية، فأولى أن يوقعه بالفعل مع النية وفيما مضى من الدليل، على أن الطلاق لا يقع بالنية، دليل على أنه لا يقع بالفعل، وإن اقترنت به النية.

والدليل عليه أيضاً: أن الطلاق أعظم حكماً من الإيلاء والظهار، لأنه يساويهما في قصد التحريم، ويزيد عليهما في رفع العقد، فلما لم يصح الإيلاء والظهار إلا بقوله دون النية والفعل، كان الطلاق بذلك أولى.

فصل

وأما الكناية وهو أن يكتب بخط يده، أنت طالق، أو قد طلقتك، أو أنت مطلقة فقد اختلف الناس فيما حكي عن الشافعي وأحمد بن حنبل: أنها صريح في وقوع الطلاق بها لا يفتقر إلى نية كالكلام، لأن الله تعالى قدأنذر بكتبه فقال تعالى: ﴿لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَۚ﴾ [الأنعام: ٩١]. وقد بلغ رسول الله ﷺ الرسالة بمكاتبة من كاتبه، ولأنها تقوم في الإفهام مقام الكلام، ثم هي أعم من إفهام الحاضر والغائب من الكلام المختص بإفهام الحاضر دون الغائب، ولأن العادة جارية باستعمالها في موضع الكلام، فاقتضى أن يكون جارية في الحكم مجرى الكلام، ولأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ قد جمعوا القرآن في المصحف خطاً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكتابة ليست صريحاً في الكلام، ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، لأن الله تعالى قد أرسل رسوله نذيراً لأمته ومبلغاً لرسالته فقال تعالى: ﴿إِنَّآ أَرۡسَلۡنَٰكَ بِٱلۡحَقِّ بَشِيرٗا وَنَذِيرٗاۖ﴾ [البقرة: ١٩٩]. فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح، لمكن الله تعالى رسوله منها، ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار ممكناً من آلائه، وكاملاً لصفاته، ومعاناً عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص فيقصر، ولا ضعف فيعجز، ولكان لا يبعث رسولاً، إلا أمياً لا يكتب، وإن تكلم، كما لا يبعث رسولاً أخرس، لا يتكلم وإن كتب، وفي فحوى هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام، ولأنها لو قامت مقام صريح الكلام لأجزأ من كتب القرآن في الصلاة عن أن يتكلم به في الصلاة، ولاقتضى من المرتد إذا كتب الشهادتين عن أن يتكلم بالشهادتين، وفي امتناعنا من ذلك خروج الكتابة من حكم الكلام، ولأنه لو كانت الكتابة صريحاً كالكلام لصح بها عقد النكاح، كما يقع بها فيه الطلاق، وفي إجماعنا على أن عقد النكاح بها لا يصح دليل على خروجهما من صريح الكلام في الطلاق، فإذا تفرر أن ليست الكتابة صريحاً في الطلاق، فقد اختلف قول الشافعي، هل يكون كناية فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وأشار إليه في كتاب الرجعة.

وقال به أبو إسحاق المروزي من أصحابنا: أنها لا تكون كناية، ولا يقع بها طلاق وإن نواه، لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال، ولأن كتابة اليد ترجمان اللسان ومعبر عنه كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه فلما لم تقم الكتابة مقام الصريح إلا بنية

القلب لم تقم الكناية مع الكلام إلا بنطق اللسان.

والقول الثاني: وهو الصحيح نص عليه ها هنا وفي الإملاء، وقال أبو حنيفة ومالك: إن الكتابة كناية في وقوع الطلاق بها مع النية، ولا يقع بها الطلاق إن تجردت عن النية، لأنها نقص عن الكلام لاحتمالها وتخالف الأفعال المخاطب بها، ولأن العرف في استعمالها أنها بدل من الكلام، تقتضي أن يتعلق عليها بعض أحكام الكلام، فصارت كالمحتمل فيه من اعتبار النية فيه:

فصل

فإذا قلنا بالأول أن الكتابة ليست صريحاً ولا كناية، فلا يقع بها الطلاق وإن نواه من حاضر ولا غائب، وكذلك العتق، فإن قلنا بالثاني في أن الكتابة كناية يقع بها الطلاق إذا اقترنت بالنية، ولا يقع بها الطلاق إذا تجردت عن النية، فكذلك العتق، ويصح بها الطلاق والعتاق من الغائب، وهل يصح من الحاضر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح من الحاضر كما يصح من الغائب، لأن كنايات الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب سواء، فكذلك الكتابة.

والوجه الثاني: أنه لا يصح بها الطلاق والعتاق، من الحاضر والغائب لأمرين:

أحدهما: أنها من الغائب ضرورة كإشارة الأخرس، ومن الحاضر غير ضرورة كإشارة الناطق.

والثاني: أنها مستعملة في عرف الغائب، وغير مستعملة في عرف الحاضر، فأما الظهار بالكتابة فهو كالطلاق على قولين، وأما الإيلاء بالكتابة فلا يصح قولاً واحداً، لأن الإيلاء يمين بالله تعالى لا ينعقد بالكناية، وأما عقد البيع والإجابة بالكتابة، فإن قيل: إن الطلاق لا يقع بهما ولا يكون كناية فيه فأولى أن لا ينعقد بها بيع ولا إجارة، وإن قيل: إن الطلاق يقع بها، وإنها كناية فيه، ففي عقد البيع والإجارة بهما وجهان، من اختلاف أصحابنا في عقد البيع والإجارة بصريح العقد وكنايته على وجهين:

أحدهما: لا تصح بالكتابة، إذا قيل: إنه لا تصح بالكنايات.

والوجه الثاني: أنه تصح بالكتابة إذا قيل: إنه تصح بالكنايات.

وقد حكى أبو حامد المروزي: أنه وجد نصًّا عن الشافعي، أنه إذا كتب إلى رجل في بلد أني قد بعتك داري، فيه بكذا صح البيع، إذا قبله المكاتب إليه، وكان له الخيار ما لم يفارق مجلسه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا كَتَبَ إِذَا جَاءَكِ كِتَابِي فَحَتَّى يَأْتِيهَا».

قال الماوردي: وإذا قد مضى الكلام، حكم الكتابة بالطلاق إنها ليست صريحة فيه، وفي كونها كناية قولان، فلا يخلو حال من كتب بطلاق زوجته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقترن بكتابته لفظ.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٢).

والثاني: أن يقترن بها نية.

والثالث: أن تتجرد عن لفظ ونية، فإن قارنها لفظ، وقع الطلاق، لأن اللفظ لو تجرد عن الكتابة وقع به الطلاق، فإذا انضم إلى الكتابة فأولى أن يقع به، وإن قارنها نية الطلاق، ففي وقوع الطلاق بها قولان، إن قيل: كناية وقع الطلاق، وإن قيل: ليست كناية لم يقع، وإن تجردت الكتابة عن قول ونية لم يقع بها الطلاق، لأنه يحتمل أن يكون كتب حاكياً عن غيره، أو مجرباً لخطه، أو مرهباً لزوجته، فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة هذه المسألة أن يكتب إلى زوجته إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، إما مع لفظ اقترن به فكان طلاقاً قولاً واحداً وإما مع نية اقترنت بخطه، فكان طلاقاً في أصح القولين، وعليه تفرع جميع هذه المسائل، فهو طلاق معلق بصفة، وهو مجيء الكتاب إليها، فإن لم يجئها الكتاب لم تطلق فإن تأخر لهلاكه فقد بطلت صفة طلاقها، فهو غير منتظر سواء كان هلاكه بسبب منها أو من غيره، وإن تأخر مع بقائه فالصفة باقية، وتعليق الطرق بها منتظر لمجيء الكتاب إليها، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون سليماً، فالطلاق واقع سواء قرأته أو لم تقرأه، لأنه علق طلاقها بمجيئه لا بقراءته، ولو كان كتب إذا جاءك كتاب وقرأتيه لم تطلق لمجيئه حتى تقرأه، فإن قرأ عليها لم تطلق، إن كانت تحسن القراءة، وطلقت إن كانت لا تحسنها اعتباراً بالعرف.

والقسم الثاني: أن يصل الكتاب ممحو الكتابة، فلا طلاق، لأن الكتاب هو المكتوب وما لا كتابة فيه فهو كأخذ وليس بكتاب، سواء كان هو الماحي له أو غيره، ولكن لو تطلست كتابته ولم يمح نظر فإن كان مفهوم القراءة طلقت، وإن كان غير مفهوم لم تطلق.

والقسم الثالث: أن يصل الكتاب وقد ذهب بعضه، فإن كان الذاهب منه موضع طلاقها لم تطلق، لأن مقصوده لم يصل، وإن كان موضع طلاقها باقياً والذاهب من غيره، فقد اختلف أصحابنا في وقوع طلاقها بها على أربعة أوجه:

أحدها: لا تطلق سواء كان الذاهب منه مكتوباً أو غير مكتوب، لأن الواصل منه بعضه.

والوجه الثاني: أنها تطلق، سواء كان الذاهب مكتوباً أو غير مكتوب، لأن المقصود منه هو لفظ الطلاق واصل.

والثالث: إن كان الذاهب من المكتوب لم تطلق، لأن بعض الكتاب وإن كان الذاهب من غير المكتوب طلقت، لأن المكتوب هو جميع الكتاب.

والوجه الرابع: إن وصل أكثره طلقت، وإن وصل أقله لم تطلق اعتباراً بالأغلب.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ كَتَبَ أَمَّا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ مِنْ حِينَ كَتَبَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا اقترن بكتابته نية الطلاق فيقع الطلاق بالأصح من قوليه، الذي تفرع عليه، لأنه كتب طلاقاً ناجزاً، ولم يعلقه بوصول الكتاب إليها،

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

فيعمل وقوعه في الحال، كما لو تلفظ بطلاقها ناجزاً وخالف أن يكتب، إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق، فلا يطلق إة بوصوله، لأن هذا مقيد بصفة، وذلك ناجز، فلو كان قال لها: إذا أتاك طلاقي فأنت طالق، ثم كتب إليها إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فجاءها الكتاب طلقت طلقتين، إحداهما بوصول الكتاب والثانية بمجيء الطلاق، لأن الصفتين موجودتين في وصوله، وعلى مثاله أن يقول لها: إن أكلت نصف رمانة فأنت طالق وإن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلت رمانة فتطلق طلقتين لأنها قد أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة ولو قال لها: كلما أكلن نصف رمانة فأنت طالق وكلما أكلت رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة طلقت طلقتين، لأن فيها نصفين، فطلقت طلقتين وهي رمانة، فطلقت ثالثة.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ شُهِدَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا خَطُّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى يُقِرَّ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها أن تدعي المرأة على زوجها، أنه كتب إليها بطلاقها، وتحضر كتاباً بالطلاق تدعي أنه كتابه وينكر أن يكون كتابه، فإن لم تصل المرأة الدعوى بأنه كتابه، ناوياً للطلاق، لم يحلف الزوج، وإن وصلت دعواها، بأنه كتب ناوياً أحلف الزوج حينئذٍ على إنكاره، فإن كان منكراً للكتاب، أحلف أنه ما كتبه وإن كان منكراً للنية، أحلف أنه ما نوى، وإن أحلف أنها لم تطلق منه لم يجز، لأنه قد يكون ممن لا يعقد وقوع الطلاق بالكتاب، ويعتقده الحاكم فإن شهد عليه عند إنكار الكتاب شاهدان، أنه خطه وكتابه لم تطلق، لأن الكتابة لا يقع بها الطلاق إلا مع النية، والشهادة وإن صحت على الكتابة فلا تصح على النية، لأن النية تخفي والكتابة لا تَخفي، ولذلك قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لم يلزمه حتى يقرّ به، يعني يقر بالكتاب والنية مع كتابته، فإن قيل فكيف تصح الشهادة على خطه؟ قيل: بأن رأياه يكتبه، ولا تغيب الكتاب عن أعينهما حتى يشهدا به، فإن لم يكونا رأياه، يكتبه ولكنهما عرفا خطه لم يجز أن يشهدا به، لأن الخط (يشبه الخط)، وإن رأياه قد كتبه وغاب الكتاب عنهما لم يجز أن يشهدا به، لجواز أن يكون مزوراً عليه فيتشبه به وهذه الشهادة لا تلزم الشاهدين، أن يشهدا بها، ولا الحاكم أن يستدعيهما، لأنه لا يتعلق بها حكم.

فصل

فأما الإشارة بالطلاق، فإن كانت من الأخرس، قامت مقام نطقه، ووقع الطلاق بإشارته كما يقع طلاق الناطق بلفظه، إذا كانت إشارته مفهومة، وتكون الإشارة منه طلاقاً صريحاً وإن كانت الإشارة من ناطق، لم يقع بها الطلاق لا صريحاً ولا كناية،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

لأنه قادر على الكلام الذي هو بالطلاق أخص.

فلو قال: أنت وأشار بأصابعه الثلاث مريداً بها الطلاق لم تطلق، لأن بقوله أنت بدء وليس بصريح في الطلاق ولا كناية، فالإشارة بعد البدء، لا يقع بها الطلاق، ونية الطلاق قد تجردت عن لفظ فلم يقع بها الطلاق، ولكن لو قال: أنت طالق كذا وأشار بإصبع واحدة طلقت واحدة، ولو أشار بإصبعين، طلقت طلقتين، ولو أشار بثلاثة أصابع، طلقت ثلاثاً، وقامت إشارته مقام الثلاث، مع قوله هكذا مقام نيته بالثلاث نص عليه ابن سريج، فلو أشار بثلاث أصابع قائمة وبإصبعين معقودتين فإن أراد الثلاث القائمة طلقت ثلاثاً، وإن أراد الإصبعين المعقودتين طلقت ثنتين، وإن لم تكن نية، طلقت بالثلاث أصابع ثلاثاً، لأن فيها زيادة إشارة.

قال أبو العباس بن سريج: ولو قال: أنت طالق، ولم يقل هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث لم يلزمه بالإشارة عدد.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قال لامْرَأَتِهِ اخْتَارِي أَوْ بِيَدِكِ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا فَقَالَ مَا أَرَدْتُ طَلَاقاً لَمْ يَكُنْ طَلَاقاً إلاَّ بِأَنْ يُرِيدَهُ وَلَوْ أَرَادَ طَلَاقاً فَقَالَتْ قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي سُئِلَتْ فَإِنْ أَرَادَتْ طَلَاقاً فَهُوَ طَلَاقٌ وَإِنْ لَمْ تُرِدْهُ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ».

قال الماوردي: اعلم أن للزوج في الطلاق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتولاه لنفسه مباشراً فيقع الطلاق بمباشرته.

والحال الثانية: أن يستنيب فيه وكيلاً، فيقوم الوكيل في الطلاق الذي استنابه فيه مقام نفسه على ما سنذكره.

والحال الثالثة: أن يفوضه إلى زوجته وهي مسألتنا فيكون ذلك تمليكاً لها ولا يكون توكيلاً واستنابة، وهو جائز يصح به وقوع الفرقة، لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَيَّرَ نِسَاءَهُ، فَاخْتَرْنَهُ فلولا أن لتخييرهن تأثير في الفرقة إن اخترنها، ما كان لتخييرهن معنى، وإذا كان كذلك لم يخل حال تفويضه الطلاق إلى زوجته من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بصريح منهما. **والثاني**: بكناية منهما، **والثالث**: بصريح منه وكناية منها، **والرابع**: بكناية منه وصريح منها.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون بصريح منهما جميعاً فصورته: أن يقول لها طلّقي نفسك فتقول: قد طلّقت نفسي، فقد وقع الطلاق بطلاقها لنفسها، ولا يراعى من أصل الطلاق ووقوعه نية واحد منهما، فأما عدد الطلاق فلهما فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يذكراه.

والثانية: أن ينوياه.

والثالثة: أن يطلقاه، فإن ذكراه فلهما فيه حالتان:

أحدهما: أن يتفقا عليه.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٣).

والثانية: أن يختلفا فيه، فإن اتفقا عليه وقع العدد الذي اتفقا عليه كأنه قال لها: طلّقي نفسك واحدة، فطلّقت نفسها واحدة، أو قال لها: طلّقي نفسك طلقتين، فطلقت نفسها طلقتين، أو قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً وقع الثلاث أو ما اتفقا عليه من العدد، وإن اختلفا فيه وقع أل العددين.

مثاله: أن يقول لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فتطلق نفسها واحدة فلا تطلق إلا واحدة، ولو قال لها: طلّقي نفسك واحدة فطلّقت نفسها ثلاثاً لم تطلق إلا واحدة.

وقال أبو حنيفة: إن قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة لم تطلق.

وقال مالك: مثل هذا وأما إن نويا العدد ولم يذكراه حملا فيه على نيّتهما، فإن اتفقا في نية العدد فنويا طلقتين أو ثلاثاً كان على ما نويا من العدد.

وقال أبو حنيفة: لا تأثير للنية في العدد، وقد مضى الكلام معه، فإن اختلفا في النية كان العدد محمولاً على أقل الثنتين كما لو أظهراه قولاً، فإن نوى الزوج ثلاثاً ونوت الزوجة واحدة كانت واحدة وإن لم يذكرا عدداً ولا نوياه طلقت واحدة.

فصل

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها كناية كقوله: اختاري نفسك فتقول: قد اخترت نفسي، فلا يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً فإن نواه دون الزوجة أو الزوجة دون الزوج لم يقع.

وقال مالك: يقع وإن لم ينوياه ولا واحد منهما بناء على أصله في أن الكناية الظاهرة لا تفتقر إلى نية.

وقال أبو حنيفة: إذا نواه الزوج وحده وقع الطلاق وإن لم تنوه الزوجة، استدلالاً بما روي أن الصحابة سئلوا عمَّن خير زوجته فقال عمر: إن اختارت نفسها فواحدة ولها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا طلاق، وتابعه ابن مسعود، وابن عباس، وقال علي بن أبي طالب ـ عليه السلام ـ إن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها.

وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة فأوقع جميعهم الطلاق عليها باختيارها نفسها، ولم يعتبروا النية، فصاروا مجمعين على أن النية غير معتبرة من جهتها، قال: ولأن تعليق الطلاق عليها لا يوجب اعتبار نيتها فيه كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت بدخول الدار، وإن لم ينوه كذلك في الاختيار ودليلنا هو: أنه لما كان تخيير الزوج لها كناية، يرجع فيه إلى نية، لاحتماله أن يكون أراد اختاري نفسك للنكاح أو الطلاق، فوجب أن يكون اختيارها لنفسها كناية، ترجع فيه إلى نيتها لاحتماله أن يكون اخترت نفسب لنكاحك أو طلاقك، ألا تراها لو قالت: قد اخترت نفسي لنكاحك لم تطلق، كلك إذا أطلقت، فأما استدلاله بإجماع الصحابة، فلا دليل فيه لأنهم لم يعتبروا نية الزوج، وهي معتبرة عندنا

وعنده، فكذلك إذا لم يعتبروا نية الزوجة، ويكون ذلك منهم لعلمهم بوجود النية منهما.

وأما استدلاله بدخول الدار، فحسبنا به دليلاً، لأنه لما كان إذا علق طلاقها صح، بدخول الدار لم تطلق لا بوجود الدخول منها، كذلك إذا خيرها في طلاق نفسها، لم تطلق حتى تختار طلاق نفسها، فإذا تقرر أن النية معتبرة منهما، وأن الطلاق لا يقع إلا بنيّتهما فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تختار نفسها.

والثانية: أن تختار زوجها.

والثالثة: أن لا يكون لها اختيار. فإن اختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية، وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار لم تطلق، وبه قال من الصحابة: عمر وابن مسعود وابن عباس، وقال أبو حنيفة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها لم تطلق، وقال ربيعة: إن اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة، وإن اختارت زوجها، طلقت واحدة رجعية، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وقال زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها طلقت ثلاثاً، وإن اختارت زوجها طلقت واحدة بائنة.

والدليل على أن اختيارها لزوجها لا يكون طلاقاً، ما رواه الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهُ ﷺ بِتَخْيِيرِ نِسَائِهِ بَدَأَ بِي، فَقَالَ: إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمْراً فَلَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ[1]، ثُمَّ تلا هذه الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية: فقلت في أيِّ هَذَيْنِ أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ، فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ والدَّارَ الآخِرَةَ، قَالَتْ: ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَا فَعَلْتُ، وَلَمْ يَكُنْ حِينَ قَالَ لَهُنَّ رَسُولُ اللَّهِ، فَاخْتَرْتُهُ طَلَاقاً مِنْ أَجْلِ أَنَّهُنَّ اخْتَرْنَهُ.

ومن الدليل عليه أيضاً: أن اختيارها لزوجها ضد اختيارها لنفسها، فلما طلقت باختيارها نفسها، وجب أن لا تطلق باختيار زوجها، لأن اختلاف الضدين يوجب اختلاف الحكمين.

والدليل على أنها تكون واحدة رجعية، ولا تكون ثلاثاً ولا واحدة بائنة، ما قدمنا في حكم الطلاق إذا وقع بالكناية، وهكذا لو قال لها أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي أو قال لها: أبيني نفسك، فقالت: قد أبنت نفسي، وهكذا لو اختلفت الكناية منهما، فقال لها: حرّمي نفسك فقالت: قد حرمت نفسي لم يقع الطلاق حتى ينوياه جميعاً.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٨٥)، ومسلم (٢٢/ ١٤٧٥)، وأحمد (٦/ ١٦٣).

فصل

فإن قال لها: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت أبي وأمي، لم يقع به الطلاق، وإن نوته، لأنه ليس بصريح ولا كناية، إذ ليس اختيارها لأبيها موجباً لفراق زوجها.

ولو قالت: قد اخترت الأزواج ففي وقوع الطلاق به إذا نوته وجهان:

أحدهما: يقع به الطلاق، لأنها لا تحل للأزواج مع بقائها على نكاحه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يقع به الطلاق لعلتين.

إحداهما: أنه من الأزواج.

والثانية: أن اختيارها لنفسها لا تكون ذات زوج، فعلى هذا لو قالت: قد اخترت زيداً ناوياً للطلاق طلقت على التعليل الأول، ولم تطلق على التعليل الثاني.

فصل

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون بذله صريحاً وقبولها كناية.

فصورته أن يقول لها: طلّقي نفسك، أو قد جعلت بيدك طلاق نفسك، فتقول: قد اخترت نفسي أو قد أبنت نفسي، فتعتبر نية الزوجة ولا تعتبر نية الزوج، لأن صريح الزوج لا يفتقر إلى نية وكناية الزوجة تفتقر إلى النية، فإذا قالت ذلك ناوية للطلاق طلقت، على قول جمهور أصحابنا، وقال منهم أبو عبيد بن حربويه، وأبو علي بن خيران: لا تطلق لأن قبول الصريح يكون صريحاً للنكاح، وهذا فاسد، لأن الكناية مع النية تقوم مقام الصريح بغير نية، وجرى اختلاف الصريح والكناية مجرى اختلاف الصريحين، واختلاف الكنايتين وإذا كان كذلك وسئلت الزوجة عن نيتها، فقالت: ما أردت الطلاق، لم تطلق، فإن أكذبها الزوج طلقت بإقراره أنها قد نوت، وإن قالت: أردت الطلاق، طلقت فإن أكذبها كان القول قولها مع يمينها، لأن النية باطنة لا تعرف إلا من جهتها.

وقال أبو سعيد الإصطخري: القول قول الزوج مع يمينه، ولا يصدق قولها في وقوع الطلاق عليه كما لو ادعته، وكما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقالت: قد دخلت، وهذا خطأ، لأن تعليق الطلاق بما يعتبر فيه نيتها، أخفى من تعليقه بحيضها، فلما كان لو قال لها إذا حضت فأنت طالق، فقالت: قد حضت، قبل فيه قولها، وإن أكذبها، فأولى أن يقبل قولها فيما تعلق من نيتها، لأن إقامة البينة على نيّتها، أشد تعذراً من إقامتها على حيضها، لاستحالة تلك وإمكان هذه، وخالف قوله لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فتدعي دخولها، فلا يقبل قولها، لأنه يمكنه إقامة البينة على دخولها.

فصل

وأما القسم الرابع: وهو أن يكون بذله كناية وقبولها صريحاً فصورته: أن يقول لها اختاري نفسك أو أمرك بيدك، فتقول قد طلّقت نفسي، فتعتبر نية الزوج ولا تعتبر نية

الزوجة، لأن كناية الزوج تفتقر إلى النية، وصريح الزوجة لا يفتقر إلى النية، فإن قالت أردت الطلاق طلقت، وإن قال لم أرده، لم تطلق، وإن جن أو مات قبل أن تعلم إرادته، لا تطلق وكان لها ميراثها منه، لأن إرادته مجوزة والطلاق لا يقع بالشك، فلو قال لها: أمرك بيدك فأراد به طلاقها في الحال، ولم يجعله بذلاً يقف على قبولها. قال الشافعي في كتاب «الإملاء»: لم تطلق، لأن هذا القول منه إذا اقترن بالإضافة إليها صار صريحاً، في جعل الطلاق إليها، وتعليقه بقبولها، فلم يقع إلا به، ويحتمل أن يقع به الطلاق، لأنه من كناياته الجاري مجرى قوله: قد ملكتك نفسك، وتزوجي من شئت فيقع به الطلاق إذا نواه، ولكن لو قال لها: طلّقي نفسك وأراد به وقوع الطلاق عليها من غير أن يقفه على قبولها وتطليقها لنفسها لم تطلق إلا أن تطلق نفسها، لأنه لا يحتمل غيره.

فصل

ولو قال لها: إن أحببت فراقي، فأمرك بيدك، لم تطلق إذا طلقت نفسها، حتى تقول قبل الطلاق قد أحببت فراقك، ثم تطلق نفسها فتطلق حينئذٍ، لأنه مقيد بهذا الشرط ولو قال لها: إذا مضت سنة فأمرك بيدك، أو قال لها: إذا قدم زيد فأمرك بيدك لم يجز، لأنه تمليك مؤجل، وبذل منتظر، فإن طلقت نفسها بعد مضي السنة، أو بعد قدوم زيد، لم تطلق لبطلان التمليك، وفساد البذل، ولكن لو قال: أمرك بيدك تطلقين نفسك بعد سنة أو إذا قدم زيد، ففيه قولان:

أحدهما: نص عليه في «الإملاء» وهو قول أبي حنيفة واختيار المزني أنه جاز، تغليباً لحكم الطلاق بالصفة، ولها إذا مضت السنة أو قدم زيد أن تعجل طلاقها، فإن أخرته لم تطلق.

والقول الثاني: نص عليه في الجديد، وهو الأصح لا يجوز تغليباً لحكم التمليك، الذي لا يجوز أن يعلق لأجل منتظر، ولا بصفة متوقعة، فإن طلقت نفسها عند مضي السنة، وقدوم زيد لم تطلق، لبطلان التمليك، والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِي: «لَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّهَا إِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا مِنَ الْمَجْلِسِ وَتَحدث قَطْعاً لِذَالِكَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَيْهَا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِهَذَا الْمَوْضِعِ إِجْمَاعٌ».

قال الماوردي: إذا جعل إليها طلاق نفسها فهو تمليك، يراعى فيه تعجيل القبول، والقبول أن تطلق نفسها فتملك بتعجيل الطلاق ما ملكها، وإذا كان كذلك فقد قال الشافعي ها اهنا: إن طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس أو يحدث قطعاً لذلك، وقع الطلاق عليها، فجعل وقوع الطلاق عليها مقيداً بشرطين:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

أحدهما: أن يكون قبل افتراقهما عن مجلسهما.

والثاني: أن يكون قبل أن يحدثا ما يقطع ذلك من قول أو فعل، فلم يختلف أصحابنا أنها متى طلقت نفسها بعد افتراقهما عن المجلس، لم تطلق، ومتى طلقت نفسها في المجلس بعد أن حدث تشاغل بغيره من كلام أو فعال لم تطلق.

واختلف أصحابنا هل يكون خيارها ممتداً في جميع المجلس أو يكون على الفور؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه ها هنا، وفي «الإملاء» أنه ممتد في جميع المجلس، فمتى طلقت نفسها فيه طلقت، وإن تراخى الزمان.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي والمحققين من أصحابنا: أنه على الفور في المجلس، لأنه قبول تمليك، فأشبه القبول في تمليك البيع والهبة، وإطلاق الشافعي من محمول على هذا الشرط، لأن أصوله مقررة عليه، ولأنه ذكر الإجماع فيه، أنها إذا طلقت نفسها على هذه الصفة، كان إجماعاً ولا يكون إلا أن يتعجل على الفور من غير مهلة.

وقال مالك في إحدى روايتيه: لها أن تطلق إلى شهر، وفي الرواية الثانية: ما لم تمكنه من وطئها، وكلا القولين مردود ومدفوع بما ذكرنا من التعليل.

فصل

وإذا ملكها طلاق نفسها، ثم رجع في التمليك، قبل أن تطلق نفسها صح رجوعه وبطل تمليكه، فإن طلقت نفسها لم تطلق، وقال أبو حنيفة ومالك وأبو علي بن خيران من أصحابنا: ليس له الرجوع، وإذا طلقت نفسها بعد رجوعه طلقت، استدلالاً بأنه طلاق معلق بصفة، فلم يملك الزوج الرجوع فيه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه لا يملك إبطال هذه الصفة وتطلق متى دخلت الدار.

ودليلنا هو أنه تمليك للطلاق لوقوفه على قبولها، وللمالك وبعد بذله أن يرجع فيه قبل قبوله منه، كما يرجع في بذل الهبة والبيع، قبل قبولهما منه، وخالف تعليق طلاقها بدخول الدار، لأنه لا يقف على قبولها، وليس لها إبطال ذلك على نفسها، فلم يكن له إبطال ذلك عليها، وليس كالتمليك الذي لها أن تبطله على نفسها، فكان له إبطاله عليها، وإذا صح رجوعه كما ذكرنا، فمتى طلقت نفسها بعد علمها برجوعه، كان في وقوع طلاقها وجهان، من الوكيل في القصاص إذا لم يعلم بالرجوع حتى اقتص والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الْمُزَنِيُّ: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَإِنْ مَلَّكَ أَمْرَهَا غَيْرُهَا فَهَذِهِ وِكَالَةٌ مَتَى أَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَقَعَ وَمَتَى شَاءَ الزَّوْجُ رَجَعَ».

(١) انظر الأم (٤/٧٦).

قال الماوردي: وهذا كما قال والوكالة في الطلاق جائزة، لأن فاطمة بنت قيس طلقها وكيل زوجها، بمشهد رسول الله ﷺ، فأمضاه، ولأنه لما جازت الوكالة في النكاح مع تغليظ حكمه كان جوازها في الطلاق أولى، فإذا وكل رجلاً عاقلاً جاز، سواء كان حراً أو عبداً، مسلماً أو كافراً، ولا يجوز أن يوكل مجنوناً ولا صغيراً، لأنه لا حكم لقولهما، وفي جواز لامرأة وجهان مضيا في الخلع، ثم الوكالة على ضربين:

أحدهما: أن تكون مطلقة وهو أن يقول: قد وكلتك في طلاق زوجتي فلانة، فله أن يطلقها على الفور والتراخي بخلاف ما لو ملكها الطلاق لنفسها، لأن هذه نيابة وذاك تمليك، فإن ذكر له من الطلاق عدداً لم يتجاوزه، فلو قال له: طلقها ثلاثاً فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، طلقت ثلاثاً، ولو قال لها: أنت طالق ونوى أن يكون ثلاثاً فيه وجهان:

أحدهما: تطلق ثلاثاً، لأن نية الثلاث تقوم مقام التلفظ بالثلاث.

والوجه الثاني: لا تطلق ثلاثاً ولا تقوم نيته مقام نية الزوج، لأن الزوج مدينٌ في الطلاق معمول على نيته فيه، والوكيل غير مدين في الطلاق فلم يعمل على نيته فيه، وهكذا لو طلقها الوكيل بالكناية مع النية، كان على هذين الوجهين، فلو وكله أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، ففي وقوعها وجهان:

أحدهما: يقع، لأنه بعض ما وكل فيه.

والوجه الثاني: لا يقع لأنه وكل في طلاق بائن، وهذا الطلاق غير بائن فصار غير ما وكل فيه، فلو وكله أن يطلقها واحدة، لم تقع الثلاث، وفي وقوع الواحدة وجهان: لو وكله في طلاق واحدة من نسائه ولم يعينها له ففيه وجهان:

أحدهما: أن أيتهن طلقها صح، لأن وقوع الطلاق المبهم جائز، فكان التوكيل فيخ جائزاً.

والوجه الثاني: أنه يجوز أن يطلق واحدة قبل أن يعينها الزوج، فـءن طلق واحدة منهن قبل تعيينها لم تطلق، لأن إبهام الطلاق من جهة الزوج يجوز، لأنه موقوف على خياره في التعيين، ومن جهة الوكيل لا يجوز لأنه غير موقوف على خياره في التعيين.

فصل

والضرب الثاني: أن تكون الوكالة مقيدة، وهو أن يوكله في طلاقها على صفة، وهو أن يأمره أن يطلقها في يوم الخميس، فلا يجوز أن يطلقها إلا فيه، فإن طلقها في غيره لم تطلق، أو يأمره أن يطلقها للسُّنَّة، فإن طلقها للبدعة لم تطلق، أو يأمره أن يطلقها للبدعة، فإن طلقها للسنة لم تطلق، فلو قال له: طلقها إن شئت لم يقع طلاقه حتى يقول قد شئت ولا يكون إيقاعه للطلاق مشيئة منه، لأنه قد يوقع الطلاق بمشيئة وغير مشيئة، والمشيئة لا تعلم إلا بالقول. وليس من شرط مشيئته الفور، بخلاف ما لو علق الطلاق بمشيئتها، لأن تعليقه للطلاق بمشيئتها، تمليك فروعِيَ فيه الفور، وتعليقه للطلاق بمشيئته صفة، فلم يراع فيها الفور، ولأنه جعل إليها طلاقها إذا شاء، فلما جاز

أن يطلقها على الفور والتراخي جاز أن تكون مشيئته مع الطلاق المتراخي، لكن من صحة مشيئته أن يخبر بها الزوج قبل طلاقه فإن أخبر بها غيره ثم طلق لم يقع، لأنه إذا كان إخباره بها شرطاً، كان إخبار الزوج بها أحق، وأولى أن يكون شرطاً، فلو قال له: طلقها إن شاءت، روعيت مشيئتها عند عرض الوكيل الطلاق عليها، فإنه لا يجوز أن يطلقها إلا بعد عرض الطلاق عليها وسؤالها عن مشيئتها، فتصير حينئذٍ مشيئتها معتبرة على الفور، فإن عجلها وقع الطلاق، وإذا أوقعه الوكيل بعدها، سواء أوقعه على الفور أو على التراخي، فإن تراخت مشيئتها، لم يقع الطلاق بعدها، لفساد المشيئة.

فصل

وليس للوكيل في الطلاق أن يوكل غيره فيه، فإن وكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة وجعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها، فأيهما سبق بطلاقها ثلثاً، بطلت وكالة الآخر ولو جعل إلى كل واحد منهما أن يطلقها واحدة فإذا سبق أحدهما فطلقها واحدة لم تبطل وكالة الآخر وجاز له أن يطلقها أخرى، والفرق بينهما ما صح. وهكذا لو وكل واحداً في طلاقها ثلاثاً ثم بادر الزوج فطلقها ثلاثاً بطلت الوكالة.

ولو طلقها الزوج واحدة، كانت الوكالة بحالها في الطلقتين الباقيتين، وإن طلقها الوكيل ثلاثاً وقع منهما طلقتان، لأنهما الباقيتان من طلاق الزوج، بعد الواحدة التي أوقعها ولو وكله في طلاقها واحدة ثم طلقها الزوج واحدة، لم تبطل الوكالة ما لم تنقض العدة، فإن طلقها الوكيل واحدة في العدة، طلقت سواء راجعها الزوج من طلقته، أو لم يراجع، فلو انقضت عدتها من طلقة الزوج ثم استأنف نكاحها ففي بقاء الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها وجهان:

أحدهما: الوكالة باقية وطلاق الوكيل لها واقع.

والوجه الثاني: أن الوكالة قد بطلت وطلاقه غير واقع، وهذان الوجهان من اختلاف قوله في عقد الطلاق في نكاح، هل يجوز أن يقع في غيره أم لا.

فصل

فإذا رجع الزوج عن الوكالة أو جن أو مات، لم يكن له أن يطلق، فإن طلق لم يقع، فلو لم يعلم الوكيل بجنون موكله أو موته فطلق، لم يقع طلاقه، لأن الطلاق لا يصح أن يقع عن زوج ميت، أو مجنون، ولو لم يعلم الوكيل برجوع الزوج حتى طلق، كان في وقوع طلاقه قولان من اختلاف قوليه في الموكل في القصاص، إذا اقتص قبل العلم بالعفو.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ جَعَلَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثاً فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَإِنَّ لَهَا ذَلِكَ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال لها: طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، طلقت واحدة، وقال مالك إذا قال طلّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة لا يقع شيء وإذا قال: طلّقي واحدة فطلقت ثلاثاً، وقعت الثلاث، وعنه لا تطلق استدلالاً بأن قبولها بعض ما ملكها موجب لفساد القبول، وبطلان التمليك كما لو باعها عبدين بمائة فقبلت أحدهما لم يصح.

ودليلنا هو: أن من ملك إيقاع الطلاق الثلاث ملك إيقاع الطلقة الواحدة كالزوج.

وأما استدلاله بتبعيض القبول في البيع، فإنما لم يصح، لأن البذل إنما كان في مقابلة ثمن لم يحصل له بالتبعيض، فلذلك لم يصح قبول البعض، ولولا الثمن لصح، ألا ترى لو وهب لها عبدين، فقبلت إحداهما صح، فكذلك الطلاق.

فصل

فإذا جعل إليها أن تطلق نفسها واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً، طلقت واحدة. وقال أبو حنيفة: لا تطلق، لأن ما عدلت إليه غير مأذون يه، فلم يجز.

ودليلنا هو: أنه إذا اجتمع في طلاقها مأذون فيه وغير مأذون فيه، لم يمنع غير المأذون فيه من وقوع المأذون فيه، ما لو جعل إليها طلاق نفسها، فطلقت نفسها وضرائرها، وادعى فيه أن الواحدة لا تتميز عن الثلاث، غير صحيح لأن المأذون فيه متميز عن غير المأذون فيه وربما حكي هذا القول عن أبي حنيفة والأول عن مالك.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَقَالَ فِيهِ وَسَوَاءٌ قَالَتْ طَلَّقْتُكَ أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي إِذَا أَرَادَتْ طَلَاقاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا جعل إليها طلاق نفسها، فإن قالت قد طلقت نفسي، طلقت وكان هذا صريحاً لا يفتقر إلى نيتها.

وإن قالت: قد طلقتك كانت كناية يقع به الطلاق إذا نوته، وقال أبو حنيفة: لا يقع به الطلاق وإن نوته، وقد مضى الكلام في هذه المسألة.

مسألة: قَالَ[2] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَ بِلِسَانِهِ وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ وَلَمْ يَكُنْ الاسْتِثْنَاءُ إِلاَّ بِلِسَانِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن الاستثناء في الطلاق على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يصح مضمراً ومظهراً.

والثاني: ما لا يصح مضمراً، ولا مظهراً.

والثالث: ما يصح مظهراً ولا يصح مضمراً.

فأما ما يصح إظهاره وإضماره فهو ما جاز أن يكون صفة للطلاق، أو أمكن أن يكون حالاً للمطلقة، فالذي يجوز أن يكون صفة للطلاق مثل قوله: أنت طالق من

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ١٨٠).

وثاق، أو مسرحة إلى أهلك، أو مفارقة إلى المسجد فإن أظهره بلفظه صح وحمل عليه في الظاهر والباطن، ولم يلزمه الطلاق، لأنه وصفه بما يجوز أن يكون من صفاته، في غير الطلاق فلذلك لم يقع به الطلاق، وإن لم يظهره في لفظه وأضمره في نيته صح إضماره، ودين فيه ولم يلزمه الطلاق في الباطن، اعتباراً بالمضمر، ولزمه الطلاق في الظاهر، اعتباراً بالمظهر، وأما الذي يمكن أن يكون حالاً للمطلقة فمثل قوله أنت طالق إلى رأس الشهر، ولو دخلت الدار، أو إن كلمت زيداً، فإن أظهر ذلك بلفظه عمل عليه في الظاهر، ولم يقع عليها الطلاق إلا على الحال التي شرطها، وإن أضمره بقلبه، ولم يظهره بلفظه دين فيه، وفي الباطن فلم يلزمه الطلاق إلا بذلك الشرط، اعتباراً بإضماره ولزمه الطلاق في ظاهر الحكم اعتباراً بإظهاره، فهذا ضرب.

فصل

وأما ما لا يصح إضماره ولا إظهاره، فهو ما كان فيه إبطال ما أوقع ونفي ما أثبت، كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق إلا أنت، فالطلاق واقع والاستثناء باطل في إظهاره باللفظ وإضماره بالقلب، لأن وقوع الطلاق يمنع من رفعه، لا سيما مع قول النبي ﷺ: «ثَلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ والطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ»[1].

والفرق بين هذا حيث بطل وبين الضرب الأول حيث صح: أن ذاك صفة محتملة وحال ممكنة، يبقى معها اللفظ على احتمال مجوز، وهذا رجوع لا يحتمل ولا يجوز، وإذا بطل هذا الاستثناء بما عللنا، وقع الطلاق ظاهراً وباطناً.

فصل

وأما الضرب الثالث: وهو ما يصح إظهاره ولا يصح إضماره، فهو الاستثناء من العدد، أو الشرط الواقع بحكم الطلاق، فالاستثناء من العدد، أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين والشرط الرافع لحكم الطلاق، أن يقول: أنت طالق إن شاء الله، فإن أظهره في لفظه متصلاً بكلامه صح، وكان محمولاً عليه في الظاهر والباطن، فلا يلزمه الطلاق إذا قال: إن شاء الله ويقع عليها طلقة واحدة، إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، فأوله موقوف على آخره، وهو كلام لا ينقض بعضه بعضاً، فصح ولو لم يتلفظ بهذا الاستثناء بلسانه وأضمره بقلبه ونوى بقوله: أنت طالق أن يكون معلقاً بمشيئة الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً ونوى إلا اثنتين، لم يصح ما أضمره من الاستثناء بمشيئة الله، ومن العدد، ووقع الطلاق ثلاثاً في الظاهر والباطن، وإنما كان صحيحاً مع الإظهار مع الإضمار، لأن حكم اللفظ أقوى من النية، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع لمجرد النية من غير لفظ، فإذا

---

(١) تقدم تخريجه.

تعارضت النية واللفظ، يغلب حكم اللفظ لقوته على حكم النية لضعفه، فوقع الطلاق وبطل الاستثناء.

فلو قال: وله أربع نسوة: أنتن طوالق، واستثنى واحدة منهن فعزلها من الطلاق صح استثناؤه من طلاقهن، مظهراً ومضمراً، فلا يقع طلاقها إن استثناها ظاهراً بلفظه لا في الظاهر، ولا في الباطن، ولا يقع طلاقها إن استثناها، باطناً بنيته في الباطن، وإن كان واقعاً، وإن كان واقعاً في الظاهر، ولكن لو قال للأربع: أنتن يا أربع طوالق، وأراد إلا واحدة فإن استثناها بلفظه صح، وإن عزلها بنيته لم يصح، كالاستثناء من العدد لأنه قد صرح بذكر الأربع، ولم يصرح بذكرهن فيما تقدم، فلو قال لزوجته: أنت طالق وأراد بقلبه الإشارة بالطلاق إلى إصبعه دون زوجته لم يقبل منه في ظاهر الحكم، واختلف أصحابنا هل يدين في باطن الحكم فيما بينه وبين الله تعالى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدين فيه لاحتمله.

والثاني: وهو أصح: لا يدين فيه، ويلزمه الطلاق في الظاهر والباطن جميعاً لأمرين:

أحدهما: أن الإصبع لا يتوجه إليها طلاق انفصال، ولا طلاق تحريم.

والثاني: أنه أوقع طلاقاً على أن لا يكون طلاقاً فصار كقوله: أنت طالق إلا أنت، والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ يُرِيدُ تَحْرِيمَهَا بِلَا طَلَاقٍ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَ جَارِيَتِهِ فَأَمَرَ بِكَفَّارَةِ يَمِينٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُمَا تَحْرِيمُ فَرْجَين حِلَّيْنِ بِمَا لَمْ يَحْرُمَا بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قال الرجل لزوجته: أنت علي حرام، فإن أراد به الطلاق، كان طلاقاً يقع من عدده ما نواه، من واحدة أو اثنتين أو ثلاث، وإن لم ينوِ عدداً، كانت واحدة رجعية، وإن أراد به الظهار كان ظهاراً، وإن أراد به الإيلاء لم يكن إيلاءً، لأن الإيلاء يمين، لا ينعقد بالكناية وأن أراد به تحريم وطئها لم يحرم، ولزمه كفارة يمين، وإن لم يكن له إرادة لم يتعلق به طلاق ولا ظهار ولا تحريم، وهل تجب به كفارة يمين أم لا؟ على قولين ذكرهما في «الإملاء»: ولو قال لأمته: أنت علي حرام، فإن أراد به عتقها، عتقت وإن أراد تحريم وطئها لم تحرم وكفر كفارة يمين، وإن لم يكن أراد، لزمته كفارة يمين قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال على قولين كالحرة، ومنهم من خرج الحرة والأمة في وجوب الكفارة عند فقد الإرادة على ثلاثة أقاويل:

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٥).

أحدهما: تجب في الحرة والأمة.

والثاني: لا تجب في الحرة ولا في الأمة.

والثالث: تجب في الأمة، ولا تجب في الحرة، لأن التحريم في الأمة أصل، وفي الحرة فرع ولا ينعقد به الأحوال كلها يمين، هذا مذهبنا.

وقد اختلف الصحابة ثم التابعون ـ رضي الله عنه ـ في لفظ التحريم الذي يوجب إذا فقدت فيه الإرادة على ثمانية أقاويل:

أحدها: ما حكي عن أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنها يمين يجب بها إذا حنث كفارة يمين، وبه قالت عائشة والأوزاعي.

والثاني: ما حكي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنها طلقة رجعية، وبه قال الزهري.

والثالث: ما حكي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنه يكون ظهاراً تجب به كفارة الظهار وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه قال: سعيد بن جبير وأحمد بن حنبل.

والرابع: ما روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه يكون طلاقاً لا تحل منه إلا بعد زوج، وبه قال: زيد بن ثابت وأبو هريرة، وابن أبي ليلى ومالك.

والسابع: ما حكي عن النخعي أنها طلقة بائن، وبه قال: الحكم بن عيينة، وحماد بن أبي سليمان وسفيان الثوري.

والثامن: ما حكي عن أبي حنيفة: أنه يكون إيلاء، يؤجل فيه أربعة أشهر، فإن وطىء فعليه كفارة يمين، وإن لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر طلقت طلقة بائنة، فيصير قوله موافقاً لقول أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنها يمين، ثم يزيد عليه بما يعلق عليها من حكم الإيلاء، ويقول إنه لو حرم طعامه أو ماله على نفسه كان يميناً يلزمه بها كفارة يمين ولا يلزمه عند الشافعي، بتحريم طعامه وماله كفارة.

واستدل أبو حنيفة على أن التحريم يمين يوجب ما ذكره من الإيلاء والكفارة بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝١ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾ [التحريم: ١، ٢]. فكان استدلالاً بذلك من وجهين:

أحدهما: أن الذي حركه على نفسه مختلف فيه، فحكى عروة وابن أبي مليكة، أنه حرم العسل على نفسه لأنه كان يشربه عند بعض نسائه، فقالت الباقيات: نجد منك ريح المعافير، والمعافير صمغ العرفط، لأن من النحل ما يكون يرعاه، فيظهر فيه ريحه، وكان يكره ريحه، فحرمه على نفسه ثم كفَّر.

وحكى الحسن وقتادة، أنه حرم مارية على نفسه، لأنه كان خلا بها في منزل حفصة، فغارت فحرّمها ثم كفَّر، فدل على وجوب الكفارة في الإماء والطعام، وكفارة اليمين تجب في الإماء.

والثاني: أن الله تعالى قال: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾ فدلّ بهذا النص على أن التحريم على يمين، وبما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما، أَنَّ

النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»(١) وهذا نص.

ولأن ما أوجب كفارة اليمين في الزوجة والأمة، كانت يميناً توجب الكفارة في الطعام والمال كالحلف بالله تعالى.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَۚ﴾ فأنكر الله تعالى على نبيّه ﷺ ما أحله له، فدل على أن التحريم لم يقع فبطل به قول من جعله طلاقاً وظهاراً، وقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْۚ﴾ دليل على أنه حرم ما أحل الله له، بيمين حلف بها، فعوتب في التحريم، وأمر بالكفارة في اليمين، ولم يكن التحريم يميناً، لأن اليمين إنما يكون خبراً عن ماض ووعداً بمستقبل، فلم يجز أن يكون يميناً، ويدل على ما قلناه ما روي عن عائشة رضي الله عنها ـ قالت: آلَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ نِسَائِهِ شَهْراً، وَحَرَّمَ جَارِيَتَهُ يَوْماً بِيَمِينٍ، وَكَفَّرَ عَنْ تَحْرِيمِهِ. فبطل بهذا أن يكون التحريم يميناً، أو يصير مؤلياً، وأخبرت أنه كفر عن تحريم الجارية دون العسل، ويدل عليه من طريق الاعتبار، أن كل لفظ عربي عن اسم الله تعالى وصفته لم تنعقد به اليمين، قياساً على كنايات الطلاق والعتاق وسائر الكلام.

فأما الجواب عن الآية فهو ما قدمناه من الاستدلال بها، وقد روى الحسن وقتادة والشعبي أنه حرم مارية عن نفسه بيمين حلف بها.

وأما حديث ابن عباس عن عمر، فقد رواه عبد الله بن محرز عن قتادة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، وقد ذكر الدارقطني أن ابن محرز ضعيف، ولم يروه عن قتادة على أنه يحمل قوله: «الْحَرَامُ يَمِينٌ تُكَفَّرُ»(٢)، أي في الحرام كفارة يمين، وأما القياس بالمعنى في الأصل أنه خالف الله تعالى فانعقدت به اليمين.

مسألة: قَالَ(٣) الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَا أَمْلِكُ عَلَيَّ حَرَامٌ يَعْنِي امْرَأَتَهُ وَجَوَارِيَهُ وَمَالَهُ كَفَّرَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْجَوَارِي كَفَّارَةَ يَمِينٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يُكَفِّرْ عَنْ مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا حرم على نفسه ما يملك من نسائه وجواريه وأمواله، فلا كفارة عليه في الأموال لما ذكرنا، وأنه لا حرمة له ولا تغليظ ولا حد في تناول محظوره، وأما نساؤه وجواريه، فإن أراد تحريم وطئهن لزمته الكفارة، وفيها قولان: أحدهما: وهو قوله في القديم، وظاهره نصه ها هنا، عليه كفارة واحدة، لأن لفظة التحريم واحدة.

والقول الثاني: عليه لكل واحدة من نسائه وجواريه كفارة، اعتباراً بأعدادهن، لأن كل واحدة منهن محرمة، ومثله من ظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة كان فيما يلزمه من الكفارة قولان:

أحدهما: كفارة واحدة، لأن اللفظة واحدة.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٩١١)، ومسلم (١٨/ ١٤٧٣).

(٢) تقدم تخريجه. (٣) انظر الأم (٥/ ١٦٦).

والثاني: أربع كفارات، باعتبار أعدادهن لأن كل واحدة منهن محرمة أنه مظاهر من كل واحدة منهن.

وهكذا من قذف جماعة بكلمة واحدة، كان فيما يلزمه من الحد قولان:

أحدهما: حد واحد، لأن اللفظة واحدة.

والثاني: يحد لكل واحد حد، لأنه مقذوف في عيشه.

وأما إذا حرمهن غير مريد لتحريم وطئهن، ففي وجوب الكفارة قولان: على ما مضى:

أحدهما: لا كفارة فيه، ويكون لفظ التحريم كناية في وجوب الكفارة، لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم.

والقول الثاني: أنه صريح في وجوب الكفارة مع فقد الإرادة، فيجب عليه به الكفارة. واختلف أصحابنا فيما يلزمه منها، فمذهب جمهورهم إلى أنها على قولين كما لو أراد به تحريم وطئهن:

أحدهما: كفارة واحدة.

والثاني: بأعدادهن.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا تجب عليه كفارة واحدة، قولاً واحداً، وفرق بينهما بأنه في إرادة التحريم، يحرم لكل واحدة منهن، فجاز اعتبار الكفارة بأعدادهن، ومع فقد الإرادة، فالحكم في الكفارة متعلق باللفظ دونهن، فلم يكن لاعتبار عددهن وجه، فلزمه كفارة واحدة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ[1] المزني: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ وَإِنْ نَوَى إِصَابَةً قُلْنَا أَصِبْ وَكَفِّر».

قال الماوردي: إنما أراد الشافعي بهذا، وأن جوز تقديم الكفارة في تحريم الوطىء.

الفرق بينه وبين الظهار لأنه في الظهار تجب عليه تقديم الكفارة على الوطء، ويعضي الله تعالى إن أخرها، لقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] ويجوز له في تحريم الوطء أن يقدم الإصابة ويؤخر الكفارة، وإن تقدم وجوبها على الإصابة، وجاز تعجيلها لأنها غير مقيدة بشرط.

فصل

فلو قال لنسائه: أنتن علي حرام يريد تحريم وطئهن، إن أصابهن فلا كفارة عليه في الحال حتى يصيبهن، لأنه جعل التحريم مشروطاً في نيته بإصابتهن، فإذا أصابهن وجبت الكفارة عليه حينئذٍ ويقبل ذلك منه في الظاهر والباطن، بخلاف ما ينويه من شروط الطلاق، الذي يقبل منه في الباطن دون الظاهر، لأن هذا مما يختص بوجوب الكفارة

(١) انظر الأم (٤/ ٧٩).

التي هي من حقوق الله تعالى التي يدين فيها، فاستوى فيها حكم الظاهر والباطن، وليس كالكلام الذي يتعلق به حق لآدمي، فجاز أن يختلف فيه حكم الظاهر والباطن، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ(١) الشَّافِعِي: «وَلَوْ قَالَ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ فَهُوَ كَالْحَرَامِ».

قال الماوردي: إذا قال لزوجته أو لأمته: أنت عليه كالميتة والدم، أو كلحم الخنزير، فهذا قد يستعمل في كنايات الطلاق والظهار والعتق، فإن أراد به طلاقاً أو ظهاراً أو عتقاً صح، وإن لم يرد به ذلك فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يريد به تحريم الوطىء، فيكون كناية فيه فتجب به الكفارة، لأنه إذا كان كناية في الطلاق فأولى أن يكون كناية في تحريم الوطء تجب به الكفارة، وإن لم يقع به التحريم، كقوله أنت عليّ حرام، يريد تحريم الوطء.

والقسم الثاني: أن يريد به لفظ التحريم، فيجعله قائماً مقام أنتعلي حرام، فإن قلنا إن الحرام صريح في وجوب الكفارة، كان هذا كناية عنه، لأن الصريح يكنى عنه، فيصير بالنية جارياً مجرى قوله: أنت علي حرام، فتكون الكفارة به واجبة، وإن قلنا إن الحرام كناية في الكفارة لا يتعلق به مع فقد الإرادة حكم، فلا شيء عليه في هذا، لأن الكناية ليس لها كناية.

والقسم الثالث: أن لا يريد شيئاً فلا شيء عليه، لأن الكناية مع فقد الإرادة لا يتعلق بها حكم، والله أعلم بالصواب.

فصل

وإذا قال لزوجته وهي محرمة، أو حائض أو في عدة عن طلاق رجعي، أو في ظهار لم يكفر عنه: أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها لم تجب عليه كفارة، لأن وطأها محرم عليه، وهكذا لو قال لأمته، وقد زوجها أو كاتبها. أنت عليّ حرام، يريد تحريم وطئها، لم تلزمه الكفارة، لأن وطئها محرم عليه، وإن قال ذلك لهما: وهما على الحال التي ذكرنا، لا يريد تحريم وطئها، فإن جعلنا اللفظ صريحاً في وجوب الكفارة وجبت عليه، لأن الحكم يصير معلقاً باللفظ وأن جعلناه كناية فيهما، لم تجب عليه.

فصل

وإذا قال لزوجته: فرجك عليّ حرام أو قال: رأسك عليّ حرام فهما سواء وليس لذكر الفرج زيادة حكم، لأنه بعضها كرأسها، فدخلا في قوله: أنت عليّ حرام، فجرى عليه حكمه وإن كان لفظ التحريم أعم، فإن أراد بتحريم الفرج والرأس تحريم الوطء، لزمته الكفارة وإن لم تكن له إرادة فعلى قولين، ولو قال بطنك عليّ حرام، كان صريحاً في وجوب الكفارة لانتفاء الاحتمال عنه.

---

(١) انظر الأم (١٦٦/٥).

فصل

ولو قال: أنت عليّ حرام طالق، ولا نية له طلقت، ولم تلزمه الكفارة، وصار ما تعقب التحريم من الطلاق تفسيراً له، ولو قال: أنت عليّ حرام وأنت طالق، لم يصر الطلاق تفسيراً لاستئنافه بلفظ مبتدأ، ولزمته الكفارة في التحريم، على أحد القولين.

ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولا نية له، كان مظاهراً ولم تلزمه بالتحريم كفارة، لأنه قد تفسر إطلاقه، بقوله: كظهر أمي، فيكون ظهاراً، ولا يكون طلاقاً.

والثاني: أن يريد، الطلاق بقوله: أنت عليّ حرام، فيكون مطلقاً مظاهراً.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا مَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ مِثْلُ قَوْلِهِ بَارَكَ اللَّهُ فِيكِ أَو اسْقِينِي أَوْ أَطْعِمِينِي أَوْ ارْوِينِي أَوْ زَوِّدِينِي وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَإِنْ نَوَاهُ وَلَوْ أَجَزْتُ النِّيَّةَ بِمَا لَا يُشْبِهُ الطَّلَاقَ أَجَزْتُ أَنْ يُطَلِّقَ فِي نَفْسِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الألفاظ في الطلاق تنقسم ثلاثة أقسام: صريح وقد مضى، وكناية وقد تقدم، وما ليس بصريح ولا كناية، وهو هذا، كقوله: أطعميني أو اسقيني أو زوديني وما أحسن عشرتك وما أظهر أخلاقك، وما جرى مجرى هذه الألفاظ التي توضع للفرقة ولا تتضمن معنى البعد، فلا يقع بها الطلاق، سواء نواه أو لم ينوه، لأن الطلاق لوقوع بما لا يتضمن معنى الفرقة، لوقع بمجرد النية، وقد رددنا على مالك في إيقاعه الطلاق بمجرد النية، في إحدى الروايتين عنه، وهو قول محمد بن سيرين.

فأما إذا قال لها: اطعمي أو اشربي، كان كناية يقع به الطلاق، إذا نواه.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يكون كناية، كما قال اطعميني واسقيني، وهذا فاسد لأن قوله اطعمي واشربي، يتضمن معنى البعد، لأن معناه اطعمي مالَكِ واشْرَبي شرابك وهي تفعل ذلك في الأغلب، إذا خلت من زوج، وقوله: اطعميني واسقيني، إذناً لها وتقريب، فجرى هذا مجرى قوله اقري، وليس بكناية وجرى ذلك مجرى قوله اذهبي، وهي كناية، ولو قال: تجرعي وتفصصي، كان كناية، وافق عليه أبو إسحاق، ولو قال: جرعيني وغصصيني كان فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يكون كناية، كما لو قال: اطعمني واسقيني.

والثاني: يكون كناية، لأن معناه جرعني فرقاك، وغصصتيني لبعادك، ولو قال لها: بارك الله فيك، لا يكون كناية، ولو قال: بارك الله لك، كان كناية، والفرق بينهما ما ذكرناه.

فصل

وأما إذا قال لها: أنت الطلاق، فقد اختلف أصحابنا، هل يكون صريحاً، لأن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

الطلاق صريح، فعلى هذا يطلق واحدة، إلا أن يريد أكثر منها.

والوجه الثاني: تكون كناية، لأنها في نفسها لا تكون طلاقاً، وإنما يقع الطلاق عليها إذا أوقعه، فلذلك صار كناية فيرجع فيه إلى إرادته، فإن لم يرد به الطلاق لم يقع.

مسألة: قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِلَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ وَقعَنَ مَعاً».

قال الماوردي: أما إذا طلق غير المدخول بها ثلاثاً، طلقت ثلاثاً وهو قول الجمهور، وقال عطاء بن يسار: والمغربي تطلق واحدة، لأنها قد بانت بقوله: أنت طالق، فلم يقع عليها بعد البينونة بقوله ثلاثاً شيء، وهذا فاسد، لأن وقوع الثلاث هو بقوله: أنت طالق، لاحتماله العدد، وقوله ثلاثاً تفسيراً منه للعدد المراد بقوله: أنت طالق، ولذلك جاء به منصوباً، لكونه تفسيراً، كما لو قال له: علي عشرون درهماً، صار الدرهم لكونه منصوباً، تفسيراً للعدد كذلك الثلاث تفسيراً للعدد.

وقد حكي عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن غير المدخول بها، إذا طلقت ثلاثاً، قال عطاء بن يسار: فقلت ولاثنتين، فقال عبد الله بن عمر: وأما هي الواحدة بينتها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره.

فصل

فإذا تقرر أن طلاق الثلاث: يقع على غير المدخول بها، كوقوعه على المدخول بها فقال لها وهي غير مدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعن معاً في الحال، على أي حال كانت من حيض أو طهر، لأننا قد ذكرنا أن غير المدخول بها، لا سنة في طلاقها ولا بدعة، وليس عندنا في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وعند أبي حنيفة، أنها تطلق واحدة تبين بها ولا يقع عليها غيرها بناء على أصله، في أن طلاق الثلاث بدعة، وأن السنة فيه، أن تقع في كل قرء طلقة، وهي بالطلقة الأولى قد بانت، فلم يقع عليها غيرها، وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ[2] الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَتِ الأُولَى وَبَانَتْ بِلَا عِدَّةٍ. واللَّهُ سُبْحانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ».

قال الماوردي: وهذا في غير المدخول بها، إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، مريداً بالثانية والثالثة الاستئناف، طلقت واحدة باللفظ الأول، ولم تقع بالثانية والثالثة لأنها بالأولى بانت.

وقال مالك: تطلق ثلاثاً إذا قال لها: متصلاً لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، وحكم أوله موقوف على آخره، فجرى مجرى قوله: أنت طالق ثلاثاً، وهذا فاسد، لأنه طلاق مرتب قدم بعضه على بعض فإذا وقع ما تقدم منه منع من وقوع ما تأخر عنه، وخالف

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ١٦٤).

قوله: أنت طالق ثلاثاً، لأنهن وقعن معاً باللفظ الأول من غير ترتيب، وحكي عن الشافعي في القديم: إنها تطلق ثلاثاً كقول مالك فخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، وأباه سائر أصحابنا وجعلوه جوابه عن مالك.

فصل

فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقتين ونصفاً، طلقت طلقتين ولم تقع عليها الثالثة لانفرادها عن ما قبلها بواو العطف، ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف واحدة، طلقت ثلاثاً لأن الباقي بعد الاستثناء، طلقتان ونصف بكلمة واحدة فكملت ثلاثاً.

فصل

فإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة، فهي طالق واحدة ليس بعدها شيء، لأنها قد بانت بالواحدة. ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا طلاق عليه، لأن وقوع الطلاق عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ما قبلها يمنع من وقوعها، فاقتضى تنافي الدور وإسقاط الجميع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنها تطلق واحدة ليس قبلها شيء، لأن وقوع ما قبلها موجب لإسقاطها، وإسقاط ما قبلها يوجب إثباتها، وإسقاط ما قبلها، ولو قال أنت طالق واحدة معها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: تطلق طلقتين، لأنهما يقعان معاً لا تتقدم إحداهما على الأخرى، فصار كقوله: أنت طالق طلقتين.

والوجه الثاني: وهو قول المزني أنها تطلق واحدة، ليس معها شيء، لأنه قد أفردها، فصار كقوله: أنت طالق واحدة بعدها واحدة.

فصل

ولو قال لها وهي غير مدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، ثم قال لها: إذا دخلت فأنت طالق ثنتين، فدخلت الدار، طلقت ثلاثاً لوقوعهن معاً في حالة واحدة.

فصل

ولو قال: إذا دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، معها واحدة، فدخلت الدار، طلقت ثنتين لوقوعهما معاً، ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة، بعدها واحدة طلقت بدخول الدار واحدة، ليس بعدها شيء، لأنه رتبهما. ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق واحدة قبلها واحدة، كان على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: أنها لا تطلق بدخول الدار أصلاً.

والثاني: تطلق واحدة ليس قبلها شيء.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق، فدخلت الدار ففيه وجهان:

أحدهما: أن يقع عليها بدخول الدار طلقتان، لأن كل واحدة منهما تقع بدخول الدار من غير ترتيب.

والوجه الثاني: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، كما لو قال لها مواجهة: أنت طالق وطالق، لم يقع عليها إلا واحدة، وهذا فاسد لأنه في المواجهة يترتب وفي تعليقه بدخول الدار غير مرتب ولعل قائل هذا الوجه، أوقع الوحدة، لأن المواجهة عنده، توجب الترتيب والله أعلم.

باب طلاق الوقت وطلاق المكره

مسألة: قال(١): وأيُّ أجلٍ طلّقَ إليهِ لم يلزمْهُ قبل وقتِهِ».

إذا علق طلاقها بصفة تعلق بها سواء، كانت الصفة قد توجد وقد لا توجد كقوله: إذا كلمتِ زيداً فأنت طالق ونحوه. أو كانت الصفة توجد لا محالة، مثل قوله: إذا طلع الفجر أو الشمس أو أهل الهلال فأنت طالق ولا يسبق الطلاق الصفة بحال. وبه قال جمهور العلماء، وقال مالك: إذا علقه بصفة توجد لا محالة يقع الطلاق في الحال، وبه قال الزهري وسعيد بن المسيب والحسن، واحتجوا بأن النكاح لا يكون مؤقتاً بالزمان لأنه لا يجوز أن يتزوجها شهراً للنهي عن نكاح المتعة ولأنه عزم على إيقاع الطلاق لا محالة فوقع وهذا غلط لأنه علق اطلاق بصفة صحيحة. فلم يقع قبل وجودها، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وكما لو علق بموت زيد لا يقع قبله، وإن كان الموت كائناً لا محالة ولأنه إذا ثبت فيه الأجل المجهول فالأجل المعلوم أولى ولأن في تعليق العتق لا فرق بين الصفتين كذلك هاهنا، وأما ما ذكروا لا يصح لأن المتعة إنما تكون بشرط التأقيت في عقده، ولم يوجد ذلك هاهنا، وأما العزم على الطلاق لا يوقع الطلاق على ما تقدم بيانه.

فرع

لو قال: أنت طالق بعد شهر أو إلى شهر لا يقع قبل شهر. وسئل ابن عباس: عن الرجل يقول: أنت طالق إلى سنة قال: هي امرأته إلى سنة.

وقال أبو حنيفة: إن قال إلى شهر وقع في الحال لأنه جعل ذلك أجلاً لمدة الطلاق لا شرطاً في وقوعه [١/ب] وهذا غلط بل كلاهما شرط لأنه لا فرق بين قول القائل أنا خارج بعد شهر، أو أنا خارج إلى شهر في أن الشهر أجل لخروجه، ولأن كلمة إلى

---

(١) انظر الأم (٤/ ٧٧).

تستعمل في انتهاء الفعل كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيۡلِۚ﴾ [البقرة:١٨٧] فلا يقع مع الاحتمال.

فرع آخر

لو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنتِ طالق، ثم قال لها: عجلت لكِ الطلقة التي طلقتكها مما ذكره الشافعي في «الإملاء» كان ما يدل على أنه إن أراد تعجيل تلك الطلقة لم تتعجل ولا يقع الطلاق في الحال بل تطلق عند مجيء الشهر، وإن لم يرد تعجيل ذلك بل أوقع الطلاق في الحال وقع في الحال وفي رأس الشهر طلقة أخرى.

مسألة: قال[1]: «ولو قالَ في شهرِ كذا، أو في غرةِ هِلالِ كذا طلقتْ في المَغيبِ من الليلةِ التي يرى فيها هلالُ ذلكَ الشهرِ».

إذا قال: أنت طالق في شهر رمضان طلقت في أول جزء من الشهر وهو إذا غربت الشمس من آخر يوم شعبان لأنه لم يخص وقتاً من وقت فوجب أن يقع في أوله حتى يكون في جميع الشهر طالق وقال أبو ثور: طلقت عند انقضائه واحتج بأنه يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا نوقعه بالشك. وهذا غلط لما ذكرنا ولأن الطلاق المعلق بالصفة يقع بأول وجود الصفة كما لو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخل يقع في أول دخول الدار، وإن لم يتوسطها، ولو قال: أردت ما قال أبو ثور أو وقوعه في أول يوم منه لم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر ودُيّن فيما بينه وبين اللّه تعالى لأنه يحتمل لأن الشهر كله ظرف للوقوع، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يقبل في الحكم وقال أنت طالق في غرة هلال رمضان أو في غُرة رمضان. [٢/أ] الهلال أو في دخول شهر رمضان أو في استقباله وقع اطلاق أيضاً مع أول جزء من أول ليلة منه، فإن قال: أردت به في اليوم الأول منه أو في آخر يوم منه لم يقبل هاهنا فيما بينه وبين اللّه تعالى لأنه لا يحتمل ما نواه إلا في الغرة فإنه يقال ثلاث ليالٍ من أوله غرة يقبل فيما بينه وبين اللّه تعالى إلى ثلاثة أيام في الغرة ولا يقبل فيما بعدها بحال، ولو قال في أول شهر رمضان. وقال: أردت أن تكون طالقاً في آخره لم يدين أصلاً لأن آخره لا يطلق عليه اسم أوله، ولو قال: في آخر يوم من أوله دين لاحتماله فإنه من أوله ولو قال: أردت في آخر النصف الأول منه هل يدين فيه أم لا؟ فيه وجهان.

فرع

لو قال: أنت طالق في مستهل شهر رمضان طلقت بغروب الشمس في أول ليلة منه، ولو أراد به ما بعد اليوم الأول منه لم يدين، وإن أراد اليوم الأول إلى آخره دين فيه، لأنه مستهل أيامه.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٧٧).

فرع آخر

قال في «البويطي» لو قال: أنت طالق إلى الهلال فليس عليه شيء حتى يهل الهلال إلا أن يكون نوى أنتِ طالق من الساعة إلى الهلال فتطلق من ساعته وظاهره أنه لا يمنع من وطئها قبله، وقال مالك: يمنع من الوطء وكذلك في كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء حتى يفعله لأن الظاهر أنه على حنث ما لم يفعل وهذا غلط لأنه لم يقع الطلاق فلا يمنع من الوطء لليمين كما لو حلف لا يفعل كذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في غدٍ كانت طالقاً إذا دخل أول ذلك وهذا خلاف قوله: امرأته طالق إن لم أقصد في شعبان كان له شعبان كله لأن ما بقي من شعبان شيءٍ فهو من الوقت الذي وقت. وكذلك لو قال: أنت طالق يوم كذا كانت طالقاً في أوله حين يطلع الفجر، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يقع إلا في آخر أجزاء ذلك اليوم وهذا غلط لأنه لو قال: أنت [٢/ب] طالق في غدِ اليوم يقع الطلاق، وإن لم يمض اليوم كذلك هاهنا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في انسلاخ شهر رمضان أو مضي شهر رمضان أو نفاذ شهر رمضان طلقت لغروب الشمس من آخر يوم من الشهر لأن انسلاخه وانقضائه به، وقيل: إذا قال في سلخ شهر كذا ففيه أوجه: أحدها: هذا، والثاني: يقع قبل انقضائه بثلاثة أيام لأنها للسلخ كالغرة ثلاثة أيام من أوله والثالث إذا مضى جزء من الشهر يقع فإنه إلى الانسلاخ ذكره صاحب «التقريب» وليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في أول آخر شهر كذا طلقت في اليوم الآخر من الشهر إذا طلع الفجر فإن كان الشهر تاماً طلقت في أول يوم الثلاثين، وإن كان ناقصاً طلقت في أول اليوم التاسع والعشرين لأن للشهر أولاً وآخراً، فأوله أول يوم منه وآخره آخر يوم منه، وقال ابن سريج: طلقت في أول الجزء من ليلة السادس عشر منه لأنه آخر الشهر هو النصف الثاني منه فأوله أول جزء منه، ولو كان بالضد من هذا فقال: أنت طالق في آخر أول شهر كذا فعلى الوجهين أيضاً عند ابن سريج يقع عند انسلاخ الخامس عشر من الشهر لأنه آخر أوله وعند سائر أصحابنا وهو الصحيح يقع عند انقضاء أول يوم من الشهر لأنه آخر أوله، وقيل: عند انقضاء الليلة الأولى من الشهر في آخر الليلة. ولو قال: أنت طالق في أول آخر الشهر فعلى قول ابن سيرج: تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر لأن عنده إن أول آخر الشهر أول الليلة السادس عشر فكان آخرها طلوع الفجر من يومها والثاني: تطلق بغروب الشمس في آخر يوم منه لأن أول آخره على هذا الوجه طلوع الفجر من آخر أيامه وكان آخره غروب شمسه [٣/أ].

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في أول آخر أول الشهر فيه وجهان: فعلى قول ابن سريج تطلق بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر؛ لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره، والثاني: تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول أيامه فكان أوله طلوع الفجر.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان، قال بعض أصحابنا: يقع في رجب، وقال بعضهم: يقع في شوال وهو الأظهر، وقال بعضهم: يقع في شعبان واختاره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اليوم أو غداً طلقت في غد لأنه يقين ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً طلقت واحدة في الحال ورجعنا إلى بيانه في غدٍ، فإن أراد وقوع أخرى فيه طلقت أخرى، وإن أراد وقوع طلقة في هذين اليومين لم تطلق إلا واحدة، وإن أراد به تأخير الطلاق من اليوم إلى غدٍ لم يقبل في الحكم ودين فيما بينه وبين اللّه تعالى، وإن لم يكن له إرادة فيه وجهان **أصحهما** وهو قول العراقيين: لا تطلق إلا واحدة في اليوم، **والثاني**: تطلق في اليوم واحدة وفي غدٍ أخرى لأنه معطوف على اليوم فجرىٰ مجرى حكمة تسوية بين المعطوف والمعطوف عليه.

فرع آخر

لو قالَ: أَنتِ طالقٌ في اليومِ بعضَ تطليقةٍ وفي غدٍ بعضَ تطليقةٍ طُلقتْ في اليومِ واحدة ثم إن أراد الباقي من التطليقة الأولى في غدٍ لم تطلق في غدٍ لأنه تعجل باقيها بالتكميل في اليوم، وإن أراد بعض تطليقة أخرى طلقت في غدٍ تطليقة ثانية تكميلاً للبعضين، وإن لم يكن له إرادة فيه وجهان: [٣/ب] أحدهما: لا تطلق إلا واحدة لأنها تعين. والثاني: تطلق تطليقتين واحدة واحدة في اليوم وأخرى في غدٍ.

مسألة: قال[١]: «ولو قالَ: إِذَا رَأَيْتُ هِلَالَ شَهْرِ كَذَا أحنث إِذَا رَآه غيْره».

إذا قال: إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق، فإن رآه بنفسه طلقت، وإن رآه غيره طلقت أيضاً. وقال أبو حنيفة: لا تطلق ما لم يره بنفسه، وهذا غلط لأن رؤية الهلال في الشرع عبارة عن العلم به ومطلق الإيمان يحمل على ما يعود في الشرع بدليل أن النبي ﷺ قال: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»[٢]. وأجمعوا أن المراد به العلم،

---

(١) انظر الأم (٤/ ٧٧).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٠٦)، ومسلم (١٠٨١/ ١٨)، وأبو داود (٢٣٣٨)، والترمذي (٦٨٤)، والنسائي (٢١١٦)، وأحمد (١/ ٢٢٦، ٢٥٨).

وكذلك عرف الناس في ذلك أنهم يريدون به الهلال نفسه لا رؤيته ببصره وهذا كما يقول القائل: ما رأيت أعجب من هذا ولا يريد رؤيته ببصر بل يريد علمه بوقوعه.

فرع آخر

لو رأى الهلال في آخر يوم شعبان قبل غروب شمسه أشار الشافعي في «الأم»[١] إلى أنه لا يقع الطلاق قبل غروب الشمس لأن هلال الشهر في أول ليلة منه وما قبل الغروب ليس بهلال الشهر ولهذا لا يفطرون لرؤيته، وقال في «الحاوي»[٢]: فيه وجهان أحدهما: منها، والثاني: يحنث لأنه هلال شهر رمضان وإن تقدمه.

فرع آخر

لو لم ير الهلال وعلم دخول الشهر بالعدد مثل أن غمَّ عليهم وقع الطلاق لأنه رؤية الهلال في الشرع أعني بأنه العلم بدخول الشهر ذكره ابن إسحاق.

فرع آخر

لو لم ير الهلال في أوله حتى صار قمراً وأراد به نفسه فلم ير حتى صار قمراً فيه وجهان: أحدهما: أن يحنث تغليباً للإشارة إلا أن يريد حقيقة الاسم، والثاني لا يحنث اعتباراً بحقيقة الاسم إلا أن يريد الإشارة [٤/أ] وهذا اختيار القفال، وإن أراد هلالاً ما يحتمل أن يطلق وإن رأى بعدما صار قمراً.

فرع آخر

لو رأى صورة الهلال في الماء لا تطلق.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في أنه متى يصير الهلال قمراً؟ فمنهم من قال: يصير قمراً بعد ثلاثة أيام وهو الذي ذكره القفال. والثاني: يصير قمراً إذا استدار.

فرع آخر

لو قال: أردت رؤيته بنفسي لا يقع الطلاق ما لم ير هو بنفسه ويقبل قوله في الحكم والباطن لأن الشافعي قال: إلا أن يريد رؤية نفسه، وقال القفال: فيه وجهان أحدهما: هذا، والثاني لا يقبلها الحكم وهذا ضعيف.

فرع آخر

قال القفال: لو قال بالفارسية: كرماه سينم لا يقع الطلاق إلا أن برؤية نفسه إذا كان بصيراً لأنه لا ينطلق إلا على الرؤية بنفسه نفسها وفيه وجه ظاهر أنه لا فرق بين لغة الفارسية والعربية باكتفاء الناس فيه برؤية الناس.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ١٩٦).

مسألة: قالَ[(١)]: «ولو قالَ: إذا مضتِ سنةٌ وقدْ مضىٰ مِنَ الهلالِ خَمْسٌ لم تَطلقْ حتّىٰ تمضيَ خمسٌ وعشرون ليلةٌ».

الفصل

إذا قال: إذا مضت سنة فأنت طالق تعلق ذلك بالسنة الشرعية وهي اثنا عشر شهراً كل ما بين الهلالين شهر سواء كان ناقصاً أو تاماً ثم ينظر في يمينه، فإن وافق غيره هلال شهر من السنة عددت اثنا عشر شهراً، فإذا انقضت وقع الطلاق، وإن وافق وقت يمينه في أثناء الشهر كان حلف وقد مضى منه خمس ليالٍ فهذا الشهر محسوب بالعدد لتعذر اعتبار الهلال فيه فيعد ما بقي منه فيضبطه حتى يضيف إليه [٤/ب] تمام ثلاثين يوماً بعد مضي أحد عشر شهراً بالأهلة، فإن كان الباقي من شهر الطلاق خمسة وعشرون يوماً أضاف بعد أحد عشر شهراً خمسة أيام، وإن كان الباقي منه أربعة وعشرين يوماً أضاف بعد أحد عشر شهراً ستة أيام، وقال أبو حنيفة: يتقدر ثلاثمائة وستين يوماً لأنها أيام السنة عرفاً وهنا غلط لأن ما يقدر بالشهور لا يراعى فيه كمال الأيام فيما يتعلق بالسنين لا يراعى فيه كمال الشهور.

فرع آخر

لو قال: إذا مضت السنة بالألف واللام فأنت طالق يحل على السنة العربية حتى لو قال هذا في ذي الحجة ثم أهل هلال المحرم طلقت وهو كقوله: إذا مضى اليوم فأنت طالق يحمل على باقي اليوم، ولو قال: أردت سنة كاملة يدين ولا يقبل في الحكم، ولو قال في الليل: إذا مضى يوم فأنت طالق، فإذا أمسىٰ من غدٍ تلك الليلة طلقت، وإن قال: ذلك بالنهار لا تطلق حتى يمضي باقي النهار، ثم تمضي الليلة ثم يمضي من الغد قدراً يصل إلى تلك الساعة التي قال فيها فحينئذٍ تطلق.

فرع آخر

لو شك في وقت عقده لهذا الطلاق هل كان أول الشهر أو بعد عشر مضت منه؟ لم يلزمه الطلاق إلا بعد مضي عشر من الشهر الثالث عشر لأن الطلاق لا يقع بالشك، وهل يحرم عليه في هذا الشهر وطئها؟ وإن لم يقع طلاقها فيه وجهان أحدهما: وهو الأظهر لا يحرم. والثاني: يحرم للشك في إباحتها كما لو اشتبهت زوجته أجنبية ذكره في الحاوي[(٢)].

فرع آخر

لو قال في المسألة الأولى: أردت السنة العددية لم يقبل في الحكم عندنا ذكره في الحاوي[(٣)]، ويحتمل عندي أن يقبل في الحكم لأنه مشهور العرف. [٥/أ] كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٧٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ١٩٧).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ١٩٨).

فرع آخر

ذكر الشافعي ـ رحمة اللّه ـ عليه في المسألة الأولى: «وقد مضى من الهلال خمس» ولا فرق بين أن يمضي منه أقل من ذلك وأكثر إلا أن يكون قد مضى جزء يسير مما لا يمنع وقوع اسم الشهر عليه فلا يمنع ذلك احتسابه شهراً ويكمل ذلك القدر والاعتبار بالهلال ذكره بعض أصحابنا وهو حسن.

مسألة: قالَ[1]: «ولو قالَ لها: أنتِ طالقٌ الشَّهْرَ المَاضِي طلقتْ مكانَها».

الفصل

إذا قال أنت طالق تمام أول الشهر الماضي أو في الشهر الماضي أو أنت طالق أمس فيه خمس مسائل **إحداها**: أن يقول: أردت أن أوقع الطلاق الآن ويكون الوقوع أمس قال الشافعي[2]: طلقت في الحال لأنه وصف الطلاق بما لا يتصف به فلغت الصفة.

وقال الربيع في قول آخر: أنه لا يقع الطلاق لأنه أوقع الطلاق على وجه محال واختلف أصحابنا فيها على طريقين فقال ابن خيران: المسألة على قولين كما قال الربيع لأن الشافعي قال: إذا قال لها: إن صعدت السماء فأنت طالق لم يقع الطلاق، وقال هاهنا: يقع فنقل جوابه من صعود السماء إلى هاهنا فقال: هذه على قولين وقال في صعود السماء المسألة على وجهين: المنصوص: لا تطلق وفيه وجه منقول من هاهنا أنها تطلق وقيل: الوجهان في الصعود فإن قال: إن أحييت ميتاً يقع لأن الإحياء لا يدخل تحت قدرتها بخلاف الصعود والطيران. وقال عامة أصحابنا هاهنا يقع الطلاق قولاً واحداً، وما ذكره الربيع مذهبه وفي صعود السماء لاتطلق قولاً واحداً لأن استحالة صعوده بخلاف العادة لا لأنه غير داخل في القدرة ولذلك صارت صفة معتبرة لا يقع الطلاق بإلغائها وإيقاع الطلاق الحادث في الزمان [٥/ب] الماضي يستحيل لخروجه عن القدرة فصارت الصفة ملغاة والطلاق فيه واقعاً ويمكن أن يقال: إيقاعه الطلاق في الزمان الماضي يتضمن وقوعه في المستقبل وذلك غير محال.

والثانية: أن نقول: لم يكن له فيه نص في «الأم» ونقلُه المزني يقع الطلاق وذكر الربيع ما ذكرنا، وقال ابن أبي هريرة: لو قال: أنت طالق للشهر الماضي وقع في الحال قولاً واحداً كما لو قال: أنت طالق لفلان أو لرضا فلانٍ والقولان إذا قال في الشهر الماضي وليس لغيره هذا التفصيل وهو حسن.

والثالثة: أن يفوت بيانه إما بالغيبة أو الموت أو الجنون فيقع في الحال أيضاً.

والرابعة: أن يقول: أردت به طلاقاً كنت طلقتها فيه ثم تزوجتها من بعد أو أردت طلاقاً طلقها زيدٌ وكانت زوجته ثم تزوجتها من بعد، نُظِرَ فإن صدقته كان كما اتفقا عليه

---

(١) انظر الأم (٤/٧٨).

(٢) انظر الأم (٥/١٦٧).

لأنه يحتمل ما قال، وإن صدقته أن الطلاق قد كان وقع عليها في الشهر لكنها ادعت أنه ما أراد ذاك الطلاق، وإنما أراد إيقاع الطلاق في الحال فالقول قوله لأنها قد اعترفت بوقوع الطلاق عليها في الشهر الماضي فكان أعرف بما نوى، وإن أنكرت فقالت: ما طلقتني ولا أحد طلقني في الشهر الماضي فهو مدّعٍ أن لا طلاق فإن كانت له بينة بما ادعاه فالحكم كما لو أقرت بأن الطلاق قد كان وقعً عليها، وإن لم يكن بيّنة لم يقبل منه لأنه يخالفه الظاهر، فإن ادعي عليها فالقول قولها مع يمينها فإذا حلفت وقع الطلاق في الحال. وقيل: يقبل منه في الحكم لأنه محتمل كلامه.

والخامسة: أن يقول: أردت بقولي أنت طالق في الشهر الماضي إخبار عن طلاق طلقتها في ذلك الوقت وهي زوجتي فهاهنا يقبل منه لأنه أقر أنه طلق زوجته فقبلنا قوله فيه [٦/أ] لأنه ما رفع ما اعترف به ويفارق هذه المسألة التي قبلها لأنه أخبر عن طلاق ثم رفع حكمه بكل حال فلهذا لم يقبل منه فإذا أثبت أن القول قوله فإذا حلف حكمنا بأن الطلاق وقع من ذلك الوقت. قال القفال: ولا نفقة لها إن كان مفارقاً لها من يومئذ أو غائباً وهذا لا يصح بل لا يقبل قوله في اسقاط حقها من النفقة والسكنىٰ أيضاً في ظاهر المذهب، وأما العدة تكون من هذا الوقت لأنها أنكرت ذلك فاعترفت بوقوعه الآن فقبلنا قولها فيما يضرها، وإن صدقته على ذلك فالعدة من ذلك الوقت.

قال القفال: هذا إذا كان مفارقاً لها لا يتعاشران معاشرة الأزواج والزوجات، فأما إن كان يعاشرها فالعدة من هذا الوقت، وإن لم يكن منه إصابة بعد ذلك التاريخ إذ لا يجوز أن يرى زوجين يختلطان اختلاط الزوجين ثم يفارقها وتنكح في الحال غيره بعدما عرفنا أنه مدخول بها. وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي ولا نية له فإن كان في الشهر الماضي زوجة لم تطلق في الحال وإلا فلا تطلق وهذا غلط لما ذكرناه.

فرع

لو قال: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر فإن قدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر لأنه إيقاع طلاق بعد عقده، وإن قدم قبل شهر فيه طريقان **أحدهما**: فيه قولان أيضاً كما ذكرنا عن الشافعي والربيع في مسألة إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي لأن في التقدير كليهما طلاق في الزمان الماضي وفي كلا الموضعين أوقع الطلاق قبل عقده **والثاني**: وعليه أكثر أصحابنا لا يقع منهما قولاً واحداً والفرق [٦/ب] أن هناك لا يستحيل أن يمضي شهر فأكثر ثم يقدم فيكون مطلقاً في الحال أو أمر في المستقبل، فإذا لم يوجد ذلك سقط حكم كلامه وهاهنا لا يتصور له حكم غير مستحيل فتسقط الاستحالة ويبقىٰ الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق قبل موتي بشهر فمات قبل شهر لم تطلق، ولو ماتت في هذه المسألة ثم مات بعدها لا يقع عليها إلا أن تموت بعد شهر ويكون موتها قبله لأقلّ من

شهر ليكون الشرط بعد موتها والطلاق لا يقع بعد الموت، وهكذا لو ماتت قبله بشهر سواء لم يقع الطلاق عليها مع الموت كما لا يقع الطلاق عليها بعد الموت، وقال القاضي الطبري: إذا ماتت وعاش الرجل شهراً من حين ماتت عندي أنها مطلقة لأنها طلقت قبل موتها.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ثم ماتت في أول يوم قدم زيد في آخره هل يقع الطلاق؟ فيه وجهان: **أحدهما**: قاله ابن الحداد في فروعه يقع لأنه إذا قال لها: أنت طالق في يوم السبت طلقت بعد طلوع فجره، فكذلك إذا قال: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد كان قدومه في اليوم الذي يقتضي وقوع الطلاق فيه فوجب أن يكون واقعاً مع طلوع فجره وقد كانت حيةً بعد طلوع الفجر وقبل قدومه فوجب أن يقع الطلاق عليها. **والثاني**: قاله ابن سريج لا يقع لأن قدوم زيد يوجب وقوع الطلاق بعده حتى لا يقع قبل وجود شرطه ويخالف تعليق الطلاق باليوم وحده لأنه في تعليقه باليوم معلق بشرطٍ واحد وقد وجد بطلوع الفجر فوقع وفي تعليقه بقدوم زيد تعليق لطلاقها بشرطين فلم يقع الطلاق [٧/أ] إلا بهما وعلى هذا لو قال لعبده: إذا قدم زيد فأنت حر ثم باعه في أول يوم قدم زيد في آخره عتق على قول ابن الحداد وبطل البيع ولم يقس على قول ابن سريج لوجود الشرط بعد صحة البيع.

فرع آخر

إذا قال: أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها وقدم زيد فإن قدم قبل شهر لم تطلق بقدومه وصح الخلع، وإن قدم بعد شهر فإن كان الخلع قبل قدومه بأكثر من شهر صح الخلع ولم تطلق بقدوم زيد لأنها بانت بالخلع قبل قدوم زيد بأكثر من شهر، وإن كان الخلع قبل قدومه بأقل من شهر وقدم زيد بعد عقد الطلاق بقدومه بأكثر من شهر طلقت بقدوم زيد وبطل الخلع لتقدم الطلاق بقدوم زيد على الخلع فصار الخلع واقعاً بقد وقوع الطلاق عليها بقدوم زيد.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في شهر قبل رمضان تطلق في شعبان، ولو قال: في شهر قبله رمضان طلقت في شوال، ولو قال في شهر بعد رمضان طلقت في شوال، ولو قال: بعده رمضان طلقت في شعبان لأن دخول الهاء على قبل وبعد مخالف لحذفها منهما تعليلاً بما يظهر من الفرق بينهما فعلى هذا لو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل رمضان طلقت في رجب لأن ما قبل رمضان شعبان وما قبل شعبان رجب، ولو قال: في شهر قبل ما قبله رمضان طلقت في رمضان لأن ما قبله رمضان شوال وما قبل شوال رمضان وعلى هذا لو قال: أنا طالق في شهر بعدما بعد رمضان طلقت في ذي العقدة، ولو قال: في شهر بعد ما بعده رمضان طلقت في رمضان، ولو قال: أنت طالق في

شهر ما بعد رمضان [٧/أ] طلقت في رمضان، ولو قال: في شهر قبل ما بعده رمضان طلقت في رجب لأن ما بعده رمضان شعبان وقبل شعبان رجب، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبله رمضان طلقت في رمضان لأنه قبل ما بعده، ولو قال: في شهر بعدما قبله رمضان طلقت في ذي القعدة، ولو قال: أنت طالق في شهر قبل ما قبل ما بعد رمضان طلقت في شعبان، ولو قال: في شهر قبل ما بعده رمضان طلقت في جمادى الآخرة، ولو قال: أنت طالق في شهر بعد ما قبل رمضان طلقت في شوال، ولو قال: في شهر بعد ما بعد ما قبله رمضان طلقت في ذي الحجة.

فرع آخر

لو قال: إن ضربتكِ فأنت طالق قبل ضربي إياكِ بشهر فإن ضربها قبل مضي شهر لم تطلق وانحلت اليمين ولو أمهل شهراً فأكثر ثم ضرب حنث واستند ذلك الطلاق إلى ما قبله بشهر، وقال أبو حنيفة: يقع الطلاق عقيب الضرب ولا يستند ووافقنا أنه إذا قال: قبل موتي أو موتك بشهر فمات بعد مضي أكثر من شهر يقع الطلاق ويستند فنقيس عليه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق غداً أمس أو أمس غداً فإنما تطلق غداً في المسألتين جميعاً لأنه جعله ظرفاً لإيقاع الطلاق فلا يقع قبله، ولو قال أنت طالق غد أمس أو أمس غد ففي المسألتين يقع الطلاق اليوم لأنهما عبارتان عن الحال إذ كل يوم منه غد أمسه أو أمس غده.

فرع آخر

قال: ولو قال لها: أنت طالق إذا طلقتك فإذا طلقها وقعت عليها واحدة بابتدائه الطلاق والأخرى بالحنث، إذا قال لها أنت طالق إذا طلقتك فمعناه إذ أحدثت طلاقك وفي عبارة عن الذي يباشرها وعن طلاق يقع بصفة يحدثها عليها، فإن طلقها طلقت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة، فإن قال: [٨/أ] لم أرد به الصفة وإنما أردت إذا طلقتك فأنت طالق بطلاقي الذي وقع عليك. قال في «الأم»(١): لم يقبل في الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى لأن ظاهر قوله غير ما قال ولا يسعها أن تقيم معه لأنها لا تعرف من صدقه ما يعرف هو من صدق نفسه، فإن كانت المسألة بحالها فقال لها بعد ذلك، إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع عليها طلقة بدخول الدار وأخرى بالصفة لأن الطلاق الواقع بدخول الدار أحدثه عليها، ولا يقع الطلاق قبل دخول الدار لأنه تعليق طلاق لا إيقاع طلاق، ولو قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: إذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت واحدة بالشرط دون الحنث لأنه لم تطلق

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٧).

بعد ما حلف بالطلاق فلم يقع الحنث وعلى هذا لو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق معناه كلما استأنفت إحداث طلاق عليك فأنت طالق وهذا الكلام موضوع على التكرار، فإذا قال لها بعد ذلك: أنت طالق وقع بها طلقة بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه أحدث طلاقاً عليها ولا يقع لوقوع الثانية عليها طلقة ثانية لأن وقوع الثانية ليس بطلاق أحدثه عليها بعد عقد الصفة فلا يقع بوقوعها غيرهما فإن طلقها أخرى فهو إحداث طلاق عليها فيقع ويقتضي أن يقع لوقوعه أخرى ولكن لم يقع لأن الطلاق قد فني، فلو تصور أن يكون له أربع طلقات لوقعت الرابعة وهذا إذا كان مدخولاً بها فإن كانت غير مدخولٍ بها طلقت واحدة بالإيقاع ولا يقع أخوى بالحنث لأنها قد بانت وهكذا المدخول بها إذا قال لها هذا ثم طلقها طلقة ثانية مثل أن يطلقها بعوض لم تطلق أخرى وقد انحلت يمينه، وإن خالعها من غير ذكر [٨/ب] الطلاق، فإن قلنا الخلع طلاق انحلت يمينه، وإن قلنا الخلع فسخ لا تنحل يمينه.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان له زوجتان عمرةُ وحفصة فقال: يا عمرةُ إذا طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لعمرة: أنت طالق طلقت عمرة واحدة بالمباشرة ولا تطلق حفصة، ولو قال لحفصة: أنت طالق وقع الطلاق عليها بالمباشرة ووقع الطلاق على عمرة لأن طلاق حفصة طلاقٌ أحدثه عليها فطلقت به عمرة.

فرع آخر

قال(١): لو قال لعمرة: كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة: كلما طلقت عمرة فأنت طالق فقد علق أولاً طلاق عمرة بطلاق حفصة ثم علق طلاق حفصة بطلاق عمرة فإذا طلق إحداهما بعد ذلك نظر فإن طلق عمرة طلقت طلقة بالمباشرة، وطلقت حفصة طلقة بالصفة لأنه قد أحدث الطلاق على عمرة فإذا طلقت حفصة عاد على عمرة طلقة أخرى لأن الذي طلقت به حفصة طلاق أحدثه عليها فطلقت عمرة طلقتين وطلقت حفصة طلقة، وإن طلق حفصة أولاً طلقت طلقة بالمباشرة وطلقت عمرة طلقة بالصفة ولا يعود على حفصة طلاق بالطلاق الذي وقع علىٰ عمرة لأنه ليس هو الطلاق الذي علق به طلاق حفصة فإنه ما أحدثه على عمرة فإن كانت بالعكس من هذا فقال لعمرة: إذا طلقتك فحفصة طالق فقد علق أولاً طلاق حفصة بصفة هي طلاق عمرة، ثم قال لحفصة: إذا طلقتك فعمرة طالق فإذا طلق واحدة منهما نظر فإن طلق حفصة طلقت طلقتين وعمرة طلقة، وإن وقع طلق عمرة طلقت طلقة وحفصة طلقة واحدة والتعليل ما مضى.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١١٩).

فرع آخر

قال: لو قال لعمرة: كلما طلقت حفصة فأنت طالق، ثم قال لحفصة: كلما طلقت عمرة فأنت طالق [٩/أ] ثم عاد إلى عمرة فقال لها بعد هذا كلما طلقت حفصة فأنت طالق فإن طلق عمرة طلقت بالمباشرة وطلقت حفصة بالصفة ثم عاد إلى عمرة طلقة أخرى بوقوع الطلاق على حفصة وإن طلق حفصة طلقت بالمباشرة وطلقت عمرة طلقة بالصفة ثم عاد إلى عمرة فطلقت أخرى لأنه لما كرر الصفات كان كل طلاق يقع على واحدة بالصفة يكون صفة به يعود الطلاق على صاحبتها.

مسألةٌ: قالَ[١]: «لو قالَ لَها: أنتِ طَالِقٌ كُلَّما وَقَعَ علَيْكِ طَلاقِي».

الفصل

إذا قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فمعناه على أي حال وقع عليك الطلاق فأنت طالق فإن قال لها: أنت طالق وقعت بها طلقة بالمباشرة وثانية بوقوع الأولى وثالثة بوقوع الثانية حتى لو كان يملك ألف طلقة في المثل وقعت كلها، وكذلك لو قال لها بعد هذا القول: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع بها ثلاث طلقات.

فرع

لو قال أولاً: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فدخلت الدار وقع ثلاث طلقات.

فرع آخر

لو كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال لعمرة: كلما وقع على حفصة طلاقي فأنت طالق ثم قال لحفصة: كلما وقع على عمرة طلاقي فأنت طالق، ثم قال لإحديهما أنت طالق طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً.

فرع آخر

لو قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق فلا يتكرر الطلاق هاهنا لأن كلمة إذا لا توجب التكرار بخلاف كلمة كلما فإذا قال لها بعد ذلك أنت طالق وقعت طلقة بالمباشرة وأخرى بالصفة ولا تقع الثالثة.

فرع آخر

لو قال: إذا وقع عليكِ طلاقي فأنت طالق ثم قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق [٩/ب] فدخلت طلقت واحدة بالدخول والأخرى بالصفة، ولو قدم فقال: إذا دخلتِ الدار فأنت طالق ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق فدخلت طلقت طلقتين طلقة بالدخول وأخرى بالصفة لأن الصفة وقوع الطلاق بها على أي وجه كان.

---

(١) انظر الأم (٤/٧٨).

فرع آخر

لو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق وإذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق طلقت ثلاثاً طلقتان، بقوله: أنت طالق والثالثة وقوع الطلاق عليها.

فرع آخر

لو قال: كلما أوقعت عليك فأنت طالق فهذا معناه كلما باشرت أنا ذلك وحدي لا غيري فإذا قال: أنت طالق طلقت طلقتين طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة، ولو قال بعد هذا القول: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت واحدة لا غير لأن الطلاق بدخول الدار ما أوقعه هو هكذا ذكر أصحابنا ويحتمل خلاف هذا لأنه أوقع الطلاق عليها بشرط وإذا وجد الشرط فهو الوقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين أن يقول: إن طلقتك فأنت طالق ووجدته عن بعض أصحابنا.

فرع آخر

لو قال أولاً: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: إذا أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ثم دخلت الدار طلقت بدخول الدار ولم تطلق غيرها ما أوقع الطلاق عليها.

فرع آخر

قال أصحابنا على قياس ما ذكرنا لو قال لعبده: إذا طلقت امرأتي فأنت حر ثم قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت وعتق العبد، ولو قدم التعليق بدخول الدار ثم دخلت الدار طلقت ولم يعتق العبد [١٠/أ] ولو قال: إذا وقع طلاقي عليها فأنت حر فدخلت الدار يعتق العبد وطلقت قدم التعليق أو أخرَ.

فرع آخر

لو قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا اللفظ ثانياً وقعت طلقة لأن الثاني حلف بالطلاق فحنث به، ولو أعاد هذا اللفظ ثالثاً طلقت، ولو أعاد هذا اللفظ رابعاً طلقت تمام الثلاث وهذا في المدخول بها فإن كان غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة، ولو قال: إن طلقتك فأنت طالق ثم أعاد هذا اللفظ مراراً لم يقع شيء لأن الثاني وما بعده ليس بإيقاع الطلاق عليها.

فرع آخر

لو قال لغير المدخول بها: إن طلقتك فأنت طالق ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فإذا وطئها بنصف الحشفة طلقت ثلاثاً واحدة بالوطئ وثانية بالأولى لأنها صارت بالوطئ مدخولاً بها تجب العدة عليها وبالثانية بالثانية، وأما الحدُ فإن نزع ثم عاود يلزمه وإن استدام الإيلاجة الأولى ففي الحد وجهان.

فرع آخر(١)

لو قال: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم وكل في طلاقها فطلقها الوكيل لم تطلق غيرها لأن طلاق الوكيل ليس من فعله، ولو قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم طلقها وكيله واحدة فيه وجهان **أحدهما**: لا تطلق غيرها. **والثاني**: تطلق ثلاثاً لأنه واقع من جهته وإن لم يكن من فعله.

فرع آخر(٢)

قال لأربع نسوة: كلما طلقت واحدة منكن فصواحباتها طوالق وكن مدخولاً بهن فإذا طلق واحدة طلقت بالتنجيز والأخرتان بالحنث فلما طلق الثانية طلقت بالتنجيز الأولى والأخرتان بالحنث فلما طلق الثالثة طلقت الطلقة الثانية بالتنجيز وطلقت الأولتان والأخيرة بالحنث فلم يبق له على واحدة منهن ملك فلا معنىً لتطليق الرابعة [١٠/ب].

فرع آخر

لو قال: كلما وقع طلاقي على واحدة منكن فصواحباتها طوالق فطلق واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً. ولو قال: كلما طلقت واحدة منكن فأنتن طوالق فلما طلق الأولى حصلت لها طلقة بالتنجيز وطلقة بالحنث ولصواحبها لكل واحدة طلقة فلما طلق الثانية لحقها طلقة بالتنجيز وطلقة بالحنث فتم لها الثلاث وتم للأولى الثلاث وحصلت لكل واحدة من الأخرتين طلقة أخرى فلما طلق الثالثة بانت منه الثالثة والرابعة بالثلاث.

فرع آخر

لو قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس فأنت طالق أو إذا انسلخ الشهر فأنت طالق أو إذا قدم الحجيج فأنت طالق لم يحنث لأنه ما حلف بطلاقها ولكنه علق طلاقها بصفة تلك الصفة لا يمنعها بيمينه فإن طلوع الشمس لا يمنع بيمين والحلف أن يمنع نفسه بها عن فعل شيء أو يوجب عليها فعل شيء كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق ونحو ذلك وقال بعض أصحابنا بخراسان: يحنث بكل هذا لأنه يمين قالوا وعلى هذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم قال: عجلت تلك الطلقة عند ابن سريج تنحل تلك اليمين ويقع ذلك الطلاق الآن وعند غيره يقع طلقة في الحال بقوله عجلت ثم إذا جاء رأس الشهر تقع أخرى وهذا غير مشهور، وقال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى: كله يمين إلا في ثلاثة أشياء أن يقول: إذا حضت أو إذا طهرت أو إن شئت فأنت طالق لأن المقصود بقوله حضت أو طهرت السنة أو البدعة والمقصود بقوله إن شئت التمليك الذي يراعى فيه الرد والقبول وهذا خطأ لأن اليمين ما قصد بها المنع من شيء أو الحث على شيء أو التصديق على شيء مثل أن يقول: إن لم أكن دخلت الدار فأنت طالق وهذا لا يوجد إذا قال: إذا جاء

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١١٧).

(٢) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٢٠).

رأس الشهر أو طلعت الشمسُ [١١/أ] فأنت طالق فلا يقع إلا بما ذكرنا.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها فقال: إن دخل زيد الدار فأنت طالق فإن كان زيد ممن قد يطيعه ويمتنع من الدخول بقوله فهي يمين بالطلاق فتطلق، وإن كان زيد سلطاناً أو ذا قدرة لا يطيعه فهو طلاق بصفة وليس بيمين فلا يقع خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

لو قال: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق، وإذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وإذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ثم سكت طلقت طلقتين قاله أبو علي الزجاجي رحمه الله تخريجاً.

فرع آخر

لو قال لهما: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم ذكر ذلك مرة أخرى وقع عليهما طلقة لأنه حلف بطلاقهما بعد اليمين الأولى، وكذلك إن عاد ذلك ثالثاً وقعت طلقة ثانية، وإن أعاده رابعاً طلقت طلقة ثالثة، ولو قال: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم كرر ذلك لم يقع على واحدة منهما طلاق لأنه حلف بطلاق عمرة أن لا يحلف بطلاقهما وأعاد الحلف بطلاق عمرة فلم يحنث؛ لأنه لم يحلف بطلاقهما. فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لأنه قد حلف بطلاقهما، فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق حفصة لأنه لم يحلف بطلاقهما بعد يمينه على ذلك بطلاقهما فإن قال بعده: إن حلفت بطلاقهما فحفصة طالق طلقت حفصة، وإن قال: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق طلقت عمرة.

فرع آخر

لو كانت له زوجتان مدخول بها وغير مدخول بها فقال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاده ثانياً طلقت كل واحدةٍ واحدةً فإن أعاده ثالثاً لم تطلق واحدة منهما، أما غير المدخول بها فلأنها بانت، وأما المدخول بها فلأن وقوع الطلاق عليها بأن يكون حالفاً بطلاقهما وهو غير حالف بطلاق غير المدخول بها لأن بعد بينونتها لا يكون حالفاً بطلاقها.

فرع آخر

لو قال لها: إذا لم أحلف [١١/ب] بطلاقك فأنت طالق وكرر ذلك ثلاث مرات نُظر فإن كان فرق هذه الألفاظ فسكت بين كل يمينين يحنث يمكنه أن يحلف فلم يفعل فقد وقع ثلاث تطليقات لأن إذا في النفي تقتضي الفور، وإن كان لم يفرق أيمانه لم يحنث في الأولى لأنه حلف عقيبها وكذلك الثانية وإنما حنث في الثالثة لأنه لم يحلف عقيبها، ولو قال: كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق فإن هذا يقتضي التكرار فإذا

مضى من الزمان ما يمكنه أن يحلف فيه ثلاثة أيمان فلم يحلف طلقت ثلاثاً وكذلك إذا قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق.

فرع آخر(١)

لو كان له أربع نسوة وعبيد فقال: كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقا اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثة فثلاثة أعبد أحرار وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحرار ثم قال: لهن أنتن طوالق أو طلق واحدة واحدة طلقت الأربع قال في «الإفصاح»: ويعتق خمسة عشرة عبداً وعلى هذا عامة أصحابنا ووجهه أن الأربعة أربعة آحاد ومرتين اثنان وواحد ثلاثة وواحد أربعة فيكون أربعة أعبد بالآحاد وأربعة أعبد بالاثنين وثلاثة أعبد بالثلاثة وأربعة أعبد بالأربعة فيكون الجميع خمسة عشر، قال في «الإفصاح»: ويحتمل أن يقال: تعتق سبعة عشر لأن في الثالثة ثلاث صفات صفة الواحدة والاثنتين والثلاث فإن الثالثة مع الثانية اثنان فنزيد عبدان آخران ويصير الجميع سبعة عشر وهذا لا يصح لأنه يلزمه أن يقول في الرابعة يحتمل أربع صفات هي واحد واثنان وثلاثة وأربعة فتعتق بالرابعة عشرة أعبد فيبلغ عدد العبيد عشرون وقد قال به بعض أصحابنا وهو قول أبو حنيفة رحمه الله ويلزم هذا القائل أن يقول [١٢/أ] في الرجل إذا قال: كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدي حر فأكل رمانة إنه يعتق ثلاثة أعبد لأنه إذا أكل نصفها يعتق عبد وإذا أكل ربع النصف الثاني يعتق عبد آخر فلما أجمعنا على أنه يعتق عبدان لأن الرمانة ليس لها إلا نصفان فكذلك الأربعة فيها اثنان مرتين وثلاثة مرة واحدة، وقال أبو الحسن القطان: يعتق عشرة أعبد بالواحدة واحدة، وبالاثنتين اثنان، وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة وهذا لا بأس به ولكن الخمسة عشر أقوى لأن كل يقضي التكرار وفي الأربع أربعة آحاد واثنتين مرتين، ومن أصحابنا من قال: يعتق ثلاثة عشرة، بالواحدة واحدة وبالثانية ثلاثة وبالثالثة أربعة وبالأربعة خمسة فحصل خمسة أوجه، ولو لم يقل كلما وذكر هذه الأيمان بلفظ إن وإذا يعتق عشرة من العبيد بلا إشكال واحد واثنان وثلاثة وأربعة.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن كلمت فقيهاً فأنت طالق فكلمت زيداً وكان فقيهاً يقع ثلاث تطليقات لوجود جميع الصفات فيه، وإن كان واحداً.

مسألة: قالَ(٢): «ولَوْ قَالَ: أنتِ طَالِقٌ إذا لَمْ أُطَلِّقْكِ».

الفصل

الحروف المستعملة في الطلاق سبعة: «إن وإذا ومتى ومتىٰ ما وأي وقت وأي حين

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٢٠).
(٢) انظر الأم (٤/ ٧٩).

وأي زمان». فإذا استعملت في الطلاق لا يخلو، إما إن علق بها عطية أو لم يعلق بها عطية فإن علق بها عطية فقد ذكرنا حكمة في كتاب الخلع، وإن لم يعلق عطية لا يخلو أما إن ذكر ذلك في الإثبات أو في النفي فإن ذكر في الإثبات فكلها على التراخي مثل قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إذا دخلت أو متى دخلت، وكذلك إذا قال: متى طلقتك فأنت طالق [١٢/ب] أو إذا طلقتك أو إن طلقتك الكل واحد، فأما في النفي فلا خلاف أن خمسة ألفاظ منها على الفور وهو قوله: متي ومتىٰ وما وأي وقت وأي حين وأي زمان إن لم أفعل كذا، أو إن لم أطلقك فأنت طالق، فإذا مضى وقت يمكنها فيه أو يمكنه أن يطلقها فلم يوجد ذلك وقع الطلاق، والفرق بين هذا وبين الإثبات أن تقديره في الإثبات أي وقت طلقتك فأنت طالق وتقديره في النفي أي وقت لم أطلقك فأنت طالق، فافترقا، ولو قال: أردت متى فاتني طلاقك فأنت طالق هل يقبل في الحكم وجهان، ولا خلاف أنه إذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق أنه على التراخي، فلا يقع عليها الطلاق حتى يموت أحد الزوجين، فإذا مات أحد الزوجين وقع عليها الطلاق في آخر جزء من أجزاء حياة الميت، وهو الزمان الذي لا يتسع لإيقاع حروف الطلاق فيه، فإنه الوقت الذي فاته فيه الطلاق، وقال القفال: أما في موتها فقبيل الموت، وأما في موته فقبيل العجز عن الطلاق المتصل بالموت حتى لو جن واتصل الجنون تبينا أن الطلاق واقع قبيل الجنون، وكذلك لو انفسخ النكاح بسبب ومات قبل البينونة تبينا وقوع الطلاق قبل الفسخ وهذا أحسن ولكنه خلاف ظاهر المذهب، وأما كلمة إذا فالمنصوص أنه علىٰ الفورية.

قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة وأحمد رحمهم اللّه على التراخي كقوله إن: لأن كليهما يستعمل شرطاً وهذا قول بعض أصحابنا فقال يتعذر الفرق بين كلمة إن وكلمة إذا فينقل جوابه في كل واحد منهما إلى الآخر وتخريجهما على قولين، ومن أصحابنا من قال: النصان على ظاهرهما وهو الصحيح والفرق ظاهر وذلك أن كلمة إذا عند أهل اللغة وأهل النحو موضوع للوقت فإذا قال لها: [١٣/أ] إذا لم أطلقك فأنت طالق معناه عندهم أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فإذا مضى عليه وقت يمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق وقع الطلاق لوجود الصفة التي علق الطلاق عليها يدل عليه أن إذا يصلح أن يكون جواباً عن السؤال عن الوقت كما يصلح متى ومتى ما وأي وقت وأي حين، ألا ترى أنه إذا قال الرجل لآخر أي: وقت تلقاني وأي وقت تقضي حقي فقال: إذا شئت أو إذا زالت الشمس، أو إذا دخل الليل أو إذا قدم الحاج صح هذا الجواب كما إذا قال: متى شئت ومتى زالت الشمس ومتى دخل الليل ومتى قدم الحاج فدل على أن إذا ومتى واحد، وأما كلمة إن فإنه يفيد الشرط دون الوقت والزمان، ألا ترى أنه لا يصلح أن يكون جواباً عن سؤال الوقت على ما بيناه فافترقا، قال المزني: فرق الشافعي ـ رحمة اللّه عليه ـ بين إذا وإن فألزم في إذا إذا لم يفعله من ساعته ولا يلزمه في أن إلا بموته فحكى كيف فعل الشافعي ولم يبين أنه راضٍ بما قاله أو يخالفه

وتعرض عليه فإن كان معترضاً فمن حقه أن يأتي بالدليل لينظر فيه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار أو إذا دخلت الدار فهاتان اللفظتان توجب وقوع الطلاق في الحال لأنهما كلمتا تعليل كأنه يقول: أنت طالق لأنك دخلت الدار، ذكره القفال، وقال أبو حامد وجماعة: إن لم يكن الرجل من أهل الإعراب يقع في الحال على ما ذكرنا، وقال القاضي الطبري: يقع في الحال إلا أن لا يكون من أهل الإعراب، فيقول: أردت به الشرط فيقبل قوله لأن الظاهر منه أنه لا يفرق بين المفتوحة والمكسورة وهذا أولى لأن قبل أن يتبين لنا مراده يجب حمل لفظه على مقتضاه في اللغة، فإما [١٣/ب] أن يكون لعدم معرفته بالكلام يصرف اللفظ عما يقتضيه بغير قصده فلا. وحكي أن أبا يوسف قال: قال للأصمعي: بين يدي الخليفة أيها الأصمعي ضيعت أيامك يعني في الأدب فقال: أيها القاضي ما تقول في رجل قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار فقال: إذا دخلت الدار يقع فقال: أيها القاضي ضيعت أيامك حتى لم تفصل بين كلمة التفصيل وكلمة التعليق، وقال في «الحاوي»[(١)]: إن لم يكون عالماً بالإعراب فيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق: فسكت مدة يمكنه طلاقها وقعت ثلاثاً متواليات لأن كلما للتكرار فإذا مضى الزمان الأول طلقت، ثم إذا مضى زمان ثاني طلقت أخرى ثم إذا مضى زمان ثالث طلقت الثالثة.

فرع آخر

قال ابن سريج في كتاب «الفنية»: لو قال لها: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فخرج اليوم قبل أن يطلقها لم تطلق لأن الصيغة فاتت بخروج اليوم ولا يقع الطلاق بعد خروج اليوم لامتناع صفته ووافقه جماعة على هذا، وقال القاضي الطبري وأبو حامد: هذا منه بعيد وليس على ما قاله بل الطلاق يقع عليها قبل خروج اليوم لأن معناه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق والطلاق يفوته إذا بقي من النهار زمانٌ لا يتسع لإيقاع حروف الطلاق فيه فوقع الطلاق قبل الليل كقوله: إن لم أطلقك فأنت طالق وقع الطلاق به قبيل موته كذلك هاهنا، وقال في «الحاوي»[(٢)]: هذا فاسد؛ لأن وقوع الطلاق إذا لم يكن إلا بلفظ الطلاق فزمان لفظه زمان وقوعه مثلان، فإذا ضاق عن أحدهما ضاق عن أحدهما ضاق عن الآخر، ولكن لو قال: إن لم أبع عبدي اليوم فأنت طالق [١٤/أ] الدار وهي مطلقة، فإن دخلتها غير مطلقة لم تطلق كما لو قال: إن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٥).

دخلت الدار راكبة وإن طلق وكان الطلاق رجعياً، ثم دخلت الدار طلقت طلقتين آخرتين بدخول الدار.

فرع آخر(١)

لو كرر حرف الشرط ويسميه أهل العلم اعتراض الشرط على الشرط فقال: أنت طالق إذا ركبت إن لبست لا يقع إلا باللبس والركوب، فإن ركبت ولبست على ما قاله في لفظه بأن بدأت بالركوب ثم عقيبه باللبس لم تطلق، وإن خالفت ترتيب اللفظ فبدأت باللبس وعقيبه بالركوب طلقت لأن قوله إذا ركبت إن لبست فقد جعل اللبس شرطاً في الركوب فوجب أن يتقدم عليه لأن الشرط يتقدم على المشروط، وهكذا لو قال: أنت طالق إذا قمت إذا قعدت لم تطلق حتى يتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطاً في القيام، وإن كان حرف الشرط فيهما واحداً، وهكذا لو قال: أنت طالق إن أكلت إن تكلمت لم تطلق حتى يتقدم الكلام على الأكل، وكذلك لو قال: إن أكلت الخبز إن شربت الماء فأنت طالق لا تطلق حتى تشرب الماء قبل أكل الخبز فإن أكلت أولاً ثم شربت ثم أكلت طلقت حينئذٍ، وعلى هذا لو قال: أنت طالق إذا دخلت الدار إن كلمت زيداً إن ضربت عمراً لم تطلق حتى يفعل الثلاث بعكس لفظه فبدأ بضرب عمر وثم بكلام زيد ثم بدخول الدار، لأن كل واحد منهما شرط ففيهما تقدمه فوجب أن يتقدمه.

فرع آخر(٢)

لو قال: أنت طالق مريضةً بالنصب كان المرض شرطاً فما لم تمرض لم تطلق لأن نصبه على الحال يخرجه مخرج الشرط، ولو قال: مريضة بالرفع طلقت في الحال لأنه بالرفع يصير صفة لها هذا فيمن كان من أهل العربية، فأما من لا يفرق بين الرفع والنصب فيه وجهان، **أحدهما**: أن حكمه حكم أهل العربية [١٤/ب]، لأن الحكم يتعلق باللفظ سواء عرف حكمه أو جهله مثل صريح الطلاق وكنايته، **والثاني**: يستوي فيه حكم الرفع والنصب في وقوع الطلاق لأن الأعراب دليل على المقاصد والأغراض، فإذا جهلت عدمت، ومن أصحابنا من قال: إذا قال بالرفع لا يقع إلا في حال المرض أيضاً، وإن كان من أهل العربية لأن قوله: مريضة نكرة فلا تكون صفة لمعرفة وقد عرفها بالإشارة إليها فلا تكون إلا حالاً وإنما لحن في إعرابها وهذا لحن لا يغير المعنى فمعناه بالرفع تطلقين وأنت مريضة، وهكذا لو قال: أنت طالق وَجِعَة فنصب أو وجِعة أو رفع.

فرع آخر(٣)

لو قال لأربعة نسوة: أيتكن لم أطأها اليوم فصواحباتها طوالق فإن خرج اليوم قبل

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٦).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٥).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٢).

أن يطأ واحدة منهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم تطأ، وإن وطئ واحدة طلقت الموطوءة ثلاثاً لأن لها ثلاث صواحب لم توطأ وطلقت كل واحدة من الباقيات تطليقتين لأن كل واحدة صاحبتين لم توطأ، فإن وطئ اثنتان طلقت كل واحدة من الأخرتين طلقة فإن وطئ ثلاثاً منهن طلقت كل واحدة منهن طلقة ولم تطلق الرابعة لأن ما بقي لها صاحبة لم يطأ فإن كانت المسألة بحالها فأطلق ولم يقيده باليوم فماتا أو إحداهما كان الموت بمنزلة خروج اليوم على ما فصلناه.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: إذا قال لامرأته: إذا طلقتك طلقة أملك عليكِ فيها الرجعة فأنت طالق قبلها ثلاثاً، ثم قال لها: أنت طالق لم يقع عليها شيء لأن هذه الطلقة لو وقعت لوجب أن تكون رجعية واقتضى ذلك وقوع الثلاث، فإذا وقعت الثلاث لم يملك فيها الرجعة، وإذا لم يملك الرجعة [١٥/أ] لم يقع الثلاث، ولو لم يكن مدخولاً بها أو طلقها بعوض وقع ما باشر لأنه شرط طلاقاً على صفة يملك فيها الرجعة وهذا على صفة لا يملك فيها الرجعة وفرع أصحابنا على هذا فقالوا: لو قال لها متى وقع عليكِ طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم قال: أنت طالق لا يقع أيضاً للدور الذي ذكرنا.

قالوا: وهذا مذهب ابن سريج وهو الحيلة في أن لا يقع طلاق على زوجته وهذا أسهل من الخلع فإذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنتِ طالق قبله ثلاثاً وهكذا لو حلف بالطلاق الثلاث لا يطأها فالحيلة أن يقول لها هذا ويطأ فلا يقع. وعلى هذا إذا قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً وكلما فسخت نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً لا ينفذ فيه الفسخ ولا الطلاق بحال ومن هذا اللحن لو قال لها: إن وطئتك وطئاً مباحاً فأنت طالق قبله فإذا وطئها لم يقع لأنه لو وقع لما كان الوطء مباحاً وقيل إن ابن سريج وافق في هذا لأنه لا يؤدي إلى سد باب الطلاق، وعلى هذا لو قال: إن ظاهرت منك فأنت طالق قبله ثلاثاً فظاهر لا يصح خلافاً لابن سريج، ولو كان له عبد وزوجة فقال لها: مهما دخلت الدار وأنت زوجتي فعبدي حر قبل دخولك وقال لعبده: مهما دخلت الدار وأنت عبدي فزوجتي طالق قبل دخولك ثم دخلا معاً لم تطلق ولم يعتق ووافقنا ابن سريج لأنه لا يؤدي إلى سد باب الطلاق واختلف أصحابنا في ذلك فذهبت طائفة إلى ما ذكرنا، منهم أبو بكر بن الحداد والقفال الشاشي [١٥/ب] وأبو حامد والقاضي الطبري وجمهور مشايخ خراسان واحتجوا بأنه إن أوقع عليها ما أوقعه وجب أن يقع الطلاق المعلق به لأن الشرط إذا حصل وجب حصول المشروط، وإذا وقع قبله ثلاثاً لم يقع ما أوقعه لأنه لا يملك أكثر من ثلاث، وإذا لم يقع ما أوقعه لم يقع الثلاث فإثبات هذا الطلاق الموقع يؤدي نفيه فلا يجز إثباته وإيقاعه ومثل هذا قاله الشافعي رحمة الله عليه إذا زوج الرجل عبده حرّة بصداق قيمته لها ثم باعها العبد بالصداق قبل الدخول لم يصح البيع لأنه لو صح ملكت

زوجها وإذا ملكها انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النكاح سقط مهرها لأن الفسخ كان من جهتها قبل الدخول وإذا سقط المهر بطل البيع لأنه هو عوضه فأفسد البيع لأن ثبوته يؤدي إلى بيعه كذلك هاهنا، وقال بعضهم: يقع الطلاق المباشر دون المعلق بالصفة وبه قال ابن أبي أحمد فإنه قال في «التلخيص»: وكل من طلق امرأته بصفة وقع الطلاق بمجيء الصفة إلا واحد وهو إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة فطلقها غداً واحدة وقعت الواحدة دون الثلاث، وحكى القاضي الطبري هذا عن ابن سريج فإنه قال في زيادات الطلاق، إذا قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق أخرى قبل التي أوقعتها عليك فطلقها وقعت التي أوقعها ولم تقع الأخرى لأنها لو وقعت لم تقع عن التي أوقعها، وقال صاحب «الحاوي»[(١)]: من حكى عن ابن سريج خلاف هذا فقد وهم وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة وابن أبي هريرة لأن الناجز أصل هو أقوى والمعلق بالصفة نوع هو أضعف [١٦/أ] فلم يجز أن يكون أضعفهما رافعاً لأقواهما ولأن طلاق الصفة لا يقع إلا بعد وقوع الناجز والناجز لا يرتفع إلا بعد وقوعه لأنه يؤدي إلى سد باب الطلاق.

وقال بعضهم: يقع طلاق المباشر وتمام الثلاث من الطلاق المعلق بالصفة، وقال أبو عبد الله الحسن في «شرح التلخيص» وجماعة من أصحابنا وبه قال أصحاب أبي حنيفة رحمه الله، واحتجوا بأن الذي يؤدي إثباته إلى نفيه ما زاد على تمام الثلاث فوجب أن يقع تمام الثلاث، وقال في مسألة «التلخيص» يطلق غداً طلقةً واحدة بالمخاطبة وهي في الحقيقة الثالثة وتطلق اليوم طلقتين بالصفة لأنه علق وقوع ثلاث تطليقات بالصفة ووقوع اثنتين منها جائز ووقوع الثلاثة بمجموعه ممتنع.

وقال القاضي الطبري: هذا خلاف ما نص عليه في المنثور وهو الصحيح وما عداه باطل ولو صح هذا القول لبطل مسائل الدور أجمع والفتوى عندي على هذا واعلم أن الشيخ ابن الصباغ ـ رحمه الله ـ ذكر هذه المسألة في «الشامل» وطول الكلام فيها وقال من قال: لا يقع الطلاق هاهنا فقد اخطأ خطأً ظاهراً وليس ذلك بمذهب الشافعي وذلك أنه علق الثلاث بوقوع الواحدة فصار وقوع الواحدة شرطاً في وقوع الثلاث ولا يجوز تقدم المشروط على الشرط، ولو جاز ذلك لبطل كونه شرطاً فيه، قال ولا يشبه هذا مسألة بيع الزوج صداقها لأن البيع يرد عليه الفسخ بتعذر ما أوجبه وهاهنا يتعذر ذلك، ولهذا لو باع مغصوباً لا يجوز لتعذر التسليم في ثاني الحال وليس كذلك الطلاق لأنه متى وقع لا يطرأ عليه ما يرفعه [١٦/ب] فما يترتب على وقوعه لا يؤثر فيه وإلا لزم إذا قال لامرأته: إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتدت أو ملكها فإن الفسخ يحصل، وإن كان إثباته يؤدي إلى نفيه لأنه إذا وقع الطلاق قبله بانت ولم ينفسخ النكاح لعدمه، وكذلك إذا قال لأمته إذا صليت مكشرفة الرأس فأنت حرة قبل الصلاة فيقتضي

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤).

أن لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس ومع هذا صححوا الصلاة.

والجواب على هذا: أنَّا لا نقدم المشروط على الشرط ولكن نقول لا يحصل الشرط لأن تحصيله يؤدي إلى نفيه على ما قررنا ولا يصح العذر والذي ذكر في مسألة البيع لأن تعذر تسليم العوض للمعنى الذي ذكرنا وعين ذلك المعنى يوجب سقوط حكم اللفظ في مسألتنا لأنا نرفع الطلاق بعد وقوعه، وأما مسألة الصلاة فلا يلزم لأنه لا يمكن إبطال الفسخ ولا إبطال الصلاة لأنه ليس مالك لها، وأما الطلاق فهو مالك لإيقاعه وترك إيقاعه وتعليقه فتقدر على التصرف فيه بما يمنع ثبوت حكمه والله أعلم.

ويترتب على هذه المسألة مسألة وقعت ببلدة عمان وهي: رجل حلف بالطلاق الثلاث إنه لا يحج السنة فأفتى له بعض الأصحاب أن يقول لامرأته: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً فإذا قال ذلك ومضت السنة ولم يحج لم تطلق وبه قال القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: فرق بين هذه المسألة والتي قبلها لأنه انعقدت يمينه على الحج فلا يملك حلها وهذا ضعيف لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط كلمة بصفة أخرى بدليل أنه قال: [١٧/أ] إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً صحت هذه الصفة ثم يملك، إسقاطها بأن يقول: أنت طالق قبل انقضاء الشهر وهكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً على هذين الوجهين.

مسألةٌ: قالَ(١): «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ إذا قدِمَ فلانُ فقدِمَ ميتاً أو مُكرهاً لم تُطلُقْ».

إذا قال: إذا قدم زيدٌ فأنت طالق فأتي به ميتاً لم يقع الطلاق لأنه لم يقدم وإنما قُدم به وإن قدم مكرهاً فإن حمل على المركوب من غير اختيار لا يقع الطلاق أيضاً لما ذكرنا، وإن كان باختياره وقع فإن ضرب حتى ركب المركوب باختياره أو مشى برجليه فقدم ففيه قولان، وهذا أصل في مسائل كثيرة فمتى أكره على فعل شيء ففعل بنفسه مثل إن أكره على القتل فقتل أو أكره الصائم على الأكل فأكل هل يكون عليه القود في القتل وهل يفطر في الأكل؟ قولان، وإن كان مسلوب الفعل بكل حال بأن أخذ ورمي به على إنسان فمات به ذلكَ الإنسان أو أوجر في حلقه شيءٌ فلا شيء على المرمى ولا يفطر، وأما إذا قدم باختياره نظر، فإن كان قصد بقوله إذا قدم فلان فأنت طالق تعليق الطلاق بالصفة ولم يقصد فيه منعه من القدوم مثل أن يقول: إذا قدم الحاج أو قدم الصديق أو قدم الأمير فأنت طالق فمتى قدم باختياره عالماً بيمينه أو جاهلاً وقع الطلاق.

كما إذا قال: إذا دخلت هذه البهيمة الاصطبل فأنت طالق فدخلت وقع الطلاق، وإن قصد به منعه من القدوم لعلمه بأنه يشق عليه طلاقها، قال ابن أبي هريرة: إذا حلف على فعل غيره وهو لا يعلمه ففعله من غير علمه يحنث قولاً واحداً ولا يجيء فيه

---

(١) انظر الأم (٤/ ٧٩).

القولان [١٧/ب] كما لو قال: إن دخل هذا الحمار فأنت طالق فدخل حنث قولاً وحداً، وإذا حلف على فعل غيره مع علمه به ففعله ناسياً أو مكرهاً فيه قولان، والفرق إن الحلف على فعل غيره مع علمه إنما يكون لمنعه من فعله فيكون بمنزلة قوله: إن كلمت زيداً فأنت طالق فيقصد منعها من الكلام فإذا كلمته ناسية فإنها لم تقصد مخالفته وإحناثه فهل يقع الطلاق؟ قولان، وإذا لم تعلم بقصده تعليق الطلاق بصفة خصته على ما بيناهُ، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان بكل حال سواء علم بيمينه ثم نسي أو لم يعلم ذكره أبو حامدٍ والأول أصح، ومنهم من قال: يحنث قولاً واحداً وهو الأشبه بقول الشافعي وهو اختيار مشايخ البصرة، لأن القصد إنما يراعى في قصد دون المحلوف عليه لأن الحالف لا بدّ أن يكون ذا قصدٍ فجاز أن يراعى القصد في فعله ويجوز أن يكون المحلوف عليه غير ذي قصد فلم يراع القصد في فعله.

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: لو قال: كلما قدم فلان فأنت طالق فقدم ثم خرج ثم قدم ثانياً ثم خرج ثم قدم طلقت ثلاثاً لأن الشرط على التكرار.

فرع آخر

لو كان المحلوف على قدومهِ قرابة لأحدهما يرجع إلى قصد الحالف على قصد أن يمنعه من القدوم بيمينه أو أراد أن يجعله صفة له دون اليمين مثل يقصد إلى أن يطلقها إذا حصل معها محرمٌ لها ولا يطلقها وحده.

فرع آخر

لو قال: إذا حصل زيد بأمكَ فامرأتي طالق فحصل بها ميتاً طلقت.

مسألةٌ: قالَ[2]: «ولَوْ قالَ: إِذَا رَأَيتِهِ فَرأَتهُ فِي الحالِ حَنِثَ».

قصد به الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها فإن هاهنا إذا رأته في تلك الحال حياً وميتاً حنث لأنه رأته ميتاً [١٨/أ] كما يقال رأته حياً، وإن رأته ناسياً فعلى ما ذكرنا من الخلاف وكذلك إذا أكرهت على النظر.

فرع آخر[3]

لو قال: إذا رأيت فلاناً فاطلعت في المرآة فرأت صورة زيدٍ فيها أو اطلعت في الماء وزيدٌ في مقابلة الماء لم تطلق لأنها لم تره وإنما رأت مثاله كما لو رأت في المنام.

فرع آخر[4]

لو رأته من وراء زجاج لا يمنع مشاهدة ما وراءه وقع لأنها رأت هاهنا جسم زيد ورأت في المرآة مثال زيد ولا يكون الزجاج الحائل مع وجود الرؤية مانعاً منها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦٨).

(٢) انظر الأم (٤/ ٧٩).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٣).

(٤) انظر الحاوي للماوردي (٣/ ٢١٣).

فرع آخر

لو قال: إن ضربت زيداً فأنت طالق فضربته ميتاً لا يحنث لأن معنى الضرب وهو الإيجاع لم يحصل، ذكره القفال، وقال القاضي الطبري يحنث لأن الضرب اقتضى صفةً من المضروب بخلاف ما لو قال: إن كلمته فأنت طالق فكلمته ميتاً لا يحنث لأن الكلام يقتضي صفة من المتكلم ولأنه يراعي ظاهر اللفظ في اليمين ولهذا لو ضربهُ وهو سكران فلم يتألم به بُر في يمينه والأولُ أصح عندي.

فرع آخر

لو قال: إن مسسته فأنت طالق فمسته حياً أو ميتاً حنث.

فرع آخر

لو قال: إن قذفتيه فأنت طالقٌ فقذفته ميتاً يحنث لأن قذف الميت كقذف الحي.

فرع آخر

لو قال: إن قذفت فلاناً في المسجد فأنت طالق يشترط أن يكون قاذفاً في المسجد وبمثله لو قال: إن قتلت فلاناً في المسجد فأنت طالق يشترط أن يكون المقتول في المسجد، وإن كان القاتل خارجاً بأن رمى إليه حنث.

فرع آخر

لو قال: من أخبرني منكن بقدوم زيدٍ فهي طالق فأخبرنّهُ معاً طلقن جميعاً لأن كل واحدة مخبرة، ولو قال من بشرني منكن بقدوم زيدٍ فهي طالق فبشرنه دفعةً واحدةً طلقن جميعاً، [١٨/ب] وإن بشرت واحدة طلقت دون الباقيات لأن البشارة تحصل في الأول وما بعد ذلك فهو خير ليس ببشارةٍ وهذا إذا كانت المبشرة صادقة، فإن كانت كاذبة لا يقع الطلاق لأنه مع الكذب ليس ببشارة لأن البشرى ما سرت وهي لا تسر إلا بالصدق، وكذلك في الخبر عند الكذب لا يقع الطلاق كذا ذكره القفال، واختاره صاحب «الحاوي»[١]، وقال أبو حامد: يقع وإن كانت كاذبة لأن الخبر يدخله الصدق والكذب والخبر ذكر الشيء وقد ذكرت وجماعة من أصحابنا على هذا.

فرع آخر

لو قال: أيتكنَّ أخبرتني إن زيداً قد قدم فهي طالق فإذا أخبرته واحدة بقدومه طلقت وإن كانت كاذبة لأنه علق بالإخبار وقد وجد ذكره القفال.

مسألةٌ: قالَ[٢]: «ولو حَلَفَ لَا تَأْخُذ مالَكَ عليّ فأجْبَرَهُ السُّلْطانُ فَأخَذَ مِنهُ المَالَ حنِثَ، وإِنْ قَالَ: لا أُعْطِيكَ لَمْ يحنَثْ».

أراد به إذا أجبر السلطان الذي عليه الحق فأعطاهُ مكرهاً وأخذ صاحب الدين مختاراً حنث قولاً واحداً لأنه إنما حلف على الأخذ لا على الإعطاء والإكراهُ إنما يؤثر في

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٢).

(٢) انظر الأم (٤/ ٧٩).

الفعل المحلوف عليه دون غيره فأما إذا أجبر السلطان الآخذ فأخذه فيكون على قولين، وإن قبض الحاكم ذلك ثم هو أخذه من الحاكم لم يحنث الحالف لأنه لم يأخذ ماله عليه بل قبض مال نفسه من الحاكم فإن ذمته برئت بقبض الحاكم، ولو وضعه في حجره أو بين يديه لم يحنث لأنه لم يأخذ كذلك، ولو قال: لا تأخذ مني فأخذه الحاكم لم يحنث لأنه لم يأخذ منه، ولو حلف لأعطينّك ما لكَ عليَّ فإن أعطاهُ فأخذ منه حنث سواءً كان الأخذ مكرهاً أو طائعاً إن جعله في جيبه أو كمه أو حجره والقياس أنه يحنث لأنه قد أعطاه وإن أخذه [١٩/أ] السلطان منه ثم أخذه من له الحق لم يحنث لأنه ما أعطاه وإنما أعطاه السلطان، ولو أجبره السلطان فأعطى بنفسه فيه قولان، ما ذكرنا.

فرع

لو قال: إن أخذت حقك فأنت طالق فجاء رجل وقضى دينه عنه قال الدارمي: لا يحنث لأنه بدل حقه وعندي يحتمل وجهاً آخر.

فرع آخر

لو قال لغريمه: امرأتى طالق إن لم أجرّك على الشوك ولا نيه له، قال بعض أصحابنا إذا ماطله مطالاً بعد مطال بَر في كلامه وعلى هذا لو حلف أنه يضربها حتى تموت ولا نية له فضربها ضرباً مؤلماً بُرَّ.

مسألة: قالَ[1]: «ولَوْ قَالَ: إن كَلَّمتِهِ فَأَنتِ طالقٌ فكلمَتْهُ حيثُ يَسْمعُ حنِثَ، وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ».

إذا قال إن كلمتِ فلاناً فأنت طالقٌ فكلمته حيث يسمع حنث، وإن لم يسمعه لعارض ضجة أو لغط أو شغل لأنه يقال: كلمته فلم يسمع وإن كلمته لحنث لا يجوز أن يسمعه لانخفاض صوتها وبعد ما بينها وبينه من المسافة لم يحنث لأن التكلم عبارة عن خطاب يفهه المخاطب، وقال القفال هاهنا: وإن سمع أيضاً لا يحنث وهذا غريب.

فرع

لو كان أصم قال أبو إسحاق: ينظر فإن كلمته ورفعت صوتها بحيث يجوز أن يسمعه مثله وقع الطلاق، وإن لم يسمع لأن الاعتبار بإمكان السماع وإن كلمته بحيث لا يجوز أن يسمعه الأصم لم يحنث، وإن كان السميع يسمع مثله، وقال أبو حامد وجماعة: فيه وجهان، **أحدهما**: يحنث لأن عارض الصمم كعارض اللغط وهو اختيار القفال. **والثاني**: لا يحنث لأنها لم تكلمه بشيء يسمع مثله وهذا أظهر لأن مثله غير مكلّم قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تُسْمِعُ ٱلصُّمَّ ٱلدُّعَآءَ إِذَا وَلَّوْاْ مُدْبِرِينَ﴾ [النمل: ٨٠].

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٠).

فرع آخر

قال في «الحاوي»[١]: لو أشارت بالكلام إليه حتى علم فيه وجهان [١٩/ب] **أحدهما**: لا يحنث لأن الإشارة ليست كلاماً. **والثاني**: يحنث لأن هكذا يكلم الأصم.

فرع آخر[٢]

لو كلمت الحائط كلاماً لم يسمعه إلا زيد فيه وجهان، **أحدهما**: لا يحنث كما لو كلمت غيره، **والثاني**: يحنث لأن الحائط لا يكلم فصار الكلام متوجهاً إلى من يجوز أن يكلم.

فرع آخر[٣]

لو كلمته ميتاً أو نائماً لم يحنث لأن الموتى لا يكلمون وإنما يكلم من يسمع ويجيب، فإن قيل فقد كلم النبي ﷺ قتلى بدرٍ فقال: «يا شيبة يا عتبة» فقيل له: أتكلم الموتى؟ فقال: «لستم بأسمع منهم»[٤]. قيل تلك معجزة النبي ﷺ والميت لا يسمع، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسۡمِعٖ مَّن فِي ٱلۡقُبُورِ﴾ [فاطر:٢٢].

فرع آخر

لو كلمته وهو مجنون مغلوب عليه لم يحنث لأن مثله لا يكلم، وقال القفال في المجنون: يحنث وهذا حسنٌ عندي.

فرع آخر

لو كلمته وهي سكرانة حنث لأن فعل السكرانة بمنزلة فعل الصاحية، وقال القفال: فيه قولٌ مخرجٍ لا يحنث من طلاق السكران فإنه لا يقع في أحد القولين، وإن كان المكلم سكراناً فإن كان مختلط العقل بحيث لا يميز ولا يسمع مثله لا وإلا فيحنث.

فرع آخر

لو كلمته ناسيةً حنث قولاً واحداً وهو اختيار البصريين، وقال بعض أصحابنا فيه قولان وهكذا لو كلمته مكرهةً، وقال جماعة من البصريين هاهنا على قولين وفي غير هذا الموضع إذا علقه على فعل الغير فوجد مع النسيان قول واحد أنه يحنث، والفرق أن ما لا يقصد من الكلام ليس بكلام يجري ذلك مجرى هذيان النائم ولو كلمت وهي مجنونة لم يحنث.

فرع آخر

لو سلمت على جماعة وفيهم ذلك الرجل فإن لم تعن لهُ حنث وإن عزلته بنيتها ففي حنثه وجهان.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٦). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٦).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠(٢١٦).

(٤) أخرجه مسلم (٢٨٧٣/ ٧٦)، والنسائي (٢٠٧٥)، وأحمد (٣/ ١٠٤، ١٨٢، ٢٢٠، ٢٨٧).

فرع آخر

لو مزح فقال إن كلمت حماراً أو ميتاً أو جداراً فأنت طالق فكلمت به حنث في يمينه.

فرع آخر

لو كلمتهُ [٢٠/أ] مكرهةً فعلى قولين كما ذكرنا.

فرع آخر

لو قال: إن أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالقٌ ثم قال: إن لم تصعدي السماء فأنت طالق فيه وجهان، **أحدهما**: طلقت لأنه لم تفعل ما أمرها، **والثاني**: لا تطلق لأن الأمر في العرف ما أمكن إجابة المأمور إليه وهذا غير ممكن.

مسألةٌ: قالَ[١]: «ولو قالَ لمدخولٍ بها: أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ».

الفصل

إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإن لم يكن دخل بها بانت بواحدة على ما ذكرنا، وإن كانت مدخولاً بها وقعت الأولى وسُئل عن الثانية والثالثة، فإن قال: أردت الاستئناف بكل واحدة منها طلقت ثلاثاً، وإن قال: أردتُ التأكيد وإفهام الطلاق امرأته فالقول قوله ولم يقع غير الأولى فإن خالفته الزوجة يحلف الزوج وهكذا لو قال: أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة التأكيد فهو على ما نوى، وإن لم يكن له نية فيه قولان: إحداهما: نص عليه في «الأم»[٢] طلقت ثلاثاً وهو الأصح واختيار المزني وبه قال مالك وأبو حنيفة لأن الكلام الثاني مستقل بنفسه غير متعلق بالأول ولا ينبني عليه فيلزمه به ما يلزم بالأول ولأن لفظ الإيقاع يقتضي وقوع الطلاق وإنما يحتمل التأكيد إذا أريد به كما يحتمل لفظ العموم التخصيص ولكن لا يحمل على التخصيص إلا عند الإرادة، والثاني قاله في «الإملاء»: طلقت واحدة لأنه يحتمل الاستئناف فلا يجوز إيقاع الطلاق بالشك.

فرع

غاير بين الألفاظ بحروف العطف وقال: أنت طالق وطالق فطالق أو بل طالق أو ثم طالق يقع ثلاث تطليقاتٍ، قال في «الأم»[٣]: فإن قال أردت به [٢٠/ب] الإفهامَ والتأكيد لم يدين في الحكم وهذا يدل على أنه يدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولو قال: أنت طالق بطالق طلقت اثنتين بخلاف ما لو قال: عليَّ درهم فدرهم وقد ذكرناه في الإقرار.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ١٦٨).

(٣) انظر الأم (٥/ ١٦٨ ـ ١٦٩).

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال: أنت طالق وطالق لا بل طالق إن أراد بالثلاث الاستئناف أو أطلق كان ثلاثاً، ولو قال: إنما شككت في الثانية هل أوقعتها ثم استدركت إيقاعها ظناً مني أنى ما أوقعتها فالقول قوله ولا تقع الثالثة لأن الاستدراك في هذا صحيح، وقال في «الحاوي»(١): إن أراد في الباطن فالأمر على ما قاله، وإن أراد أنها لا تقع ظاهراً وباطناً ففيه نظر لأن تغاير الألفاظ يجعل لكل طلقةٍ حكم نفسها فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ما أدى إلىٰ وقعها.

فرع آخر

لو غاير من ألفاظ الطلاق مع اتفاق الحروف بأن يقول: أنت طالق، أنت مفارقة، أنت مسرّحة فيه وجهان، **أحدهما**: يكون لمغايرة الحروف فتطلق ثلاثاً من غير سؤال لأن الحكم بلفظ الطلاق أخص منه بحروف الطلاق، **والثاني**: يغلب حكم الحروف المشاكلة وإن كانت ألفاظ الطلاق متغايرة لأن الحروف هي العاملة في وقوع الحكم باللفظ فعلى هذا يرجع إلى ما أراد بالثانية والثالثة، فإن أراد التأكيد أو الاستئناف يقبل وإن أطلق فيه قولان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق وطالق وطالق وقع الأول والثاني ويرجع في الثالثة إليه لأن الثالث على صفة اللفظ الثاني ولذلك لو قال أنت طالق فطالق فطالق أو طالق بل طالق بل طالق أو طالق ثم طالق ثم طالق، وكذلك لو قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وقال ابن البياض تطلق هاهنا ثلاثاً بلا إشكال.

فرع آخر

لو قال: هاهنا أردت بالثانية التكرار وبالثالثة الاستئناف [٢١/أ] قبل قوله في الثالثة ولم يقبل قوله في الثانية لأنها خلاف الظاهر وقد قلنا في اللفظتين المختلفتين يحمل الثاني على الاستئناف في الحكم.

فرع آخر

لو اتفقت الألفاظ ولكن قال: أردت بالثانية الإيقاع والاستئناف وبالثالثة تأكيد الأولى فيه وجهان لأصحابنا أحدهما: لا يجوز ذلك ويقع الثلاث كما لو فصل اللفظ من اللفظ لأنه لا يجوز أن يتخلل بين المؤكد والمؤكد به كلامٌ، والثاني: يجوز ذلك ويقع الاثنان على ما أراد.

فرع آخر

لو قال: أنت طا طا طالق طلقت واحدة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢١).

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثم بعد مضي زمان قال: أنت طالق يقع ثنتان وإن أراد به التأكيد لا يقبل في الحكم بخلاف ما لو أقر بدرهم ثم أقر بدرهم يقبل وقد ذكرناه في كتاب الإقرار.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحدة بل ثنتين طلقت ثلاثاً ذكره ابن سريج لأنه قد استدرك بالثنتين الإضراب عن واحدة ولا يصح الإضراب عن الأولى، وقال بعض أصحابنا: هذا غير صحيح بل لا يلزمه إلا طلقتان لأنه إذا استدرك زيادةً على الأولى بطل حكم الإضراب لدخوله في المستدرك كما لو قال: علي درهم لا بل درهمان لم يلزمه إلا درهمان.

فرع آخر(1)

قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثاً طلقت الأول واحدة وطلقت الثانية ثلاثاً لأنه استدرك بالثانية الإضراب عن طلاق الأولى ولا يمكن الإضراب عن الأولى.

فرع آخر(2)

لو قال لزوجة واحدة: أنت طالق واحدة لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار قال ابن الحداد: طلقت في الحال واحدة وطلقت بدخول الدار وتمام الثلاث إن كانت مدخولاً بها وهذا قياس قول ابن سريج في قوله: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين يقع ثلاث وقال [٢١/ب] بعض أصحابنا: هذا غير صحيح لدخول الواحدة في الثلاث فاقتضى أن يكون الشرط راجعاً إلى الجميع ولا تطلق قبل دخول الدار شيئاً، فإذا دخلتها طلقت ثلاثاً وهذا اختيار صاحب الحاوي(3).

مسألةٌ: قالَ(4): «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ طلاقاً فهيَ واحدةٌ».

هذا تأكيد الكلام بالمصدر فإن نوى به التأكيد أو أطلق حمل على التأكيد، وإن نوى به طلقة مستأنفة وقعت لأنه يحتمل، وإن نوى به الثلاث وقع الثلاث بلا خلاف وهكذا لو قال أنت طالق الطلاق.

مسألةٌ: قالَ(5): «وكلُّ مُكْرهٍ ومغلوبٍ علىٰ عقلِهِ فلا يلحقُهُ الطلاقُ».

في اللفظ إشكال لأن الإكراه إذا كان بحق في المولى يقع الطلاق فيحتمل أنه قصد به الرد على أبي حنيفة رحمه الله فلم يستعمل تمام البيان ويحتمل أنه قصد الإكراهين

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٢٣).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٣).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢١٣).
(٤) انظر الأم (٤/ ٨١).
(٥) انظر الأم (٤/ ٨١).

بالبيان ولكن أجاب عن أحد القولين في المولى أنه لا يجبر على الطلاق بل يطلق القاضي وهو اختيار المزني وعامة أصحابنا طلاق المكره غير واقع في الجملة لذلك عتقه وعقوده إذا قصد باللفظ دفع الإكراه عن نفسه والأصل فيه أن القصد إلى اللفظ في الطلاق معتبر عندنا فإذا لم يقصد لم يقع ولهذا لو سبق لسانه الطلاق لا يقع فيما بينه وبين اللّه تعالى وبه قال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وروي ذلك عن عمر وعلي وعبد اللّه بن عمر وعبد اللّه بن الزبير وعبد اللّه بن عباس وشريح والحسن وعطاءٍ والقاسم وجابر بن زيد وسالم وعمر بن عبد العزيز رضي اللّه عنهم، وقال أبو حنيفة والثوري: طلاق المكره وعتقه نافذ وبه قال النخعي والزهري وقتادة والشعبي وقال أبو حنيفة: نكاحه ينفذُ أيضاً وسائر العقود لا تنفذ ولكن تنعقد وله فسخه وهذا غلط [٢٢/أ] لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق في إغلاق»، قال أبو عبيد والعتنبي: الإغلاق الإكراه. وروت عائشة رضي الله عنها مرفوعاً إلى النبي ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»(١). وروي «في غلاق» وروى قدامة بن إبراهيم أن رجلاً تدلى بحبل يشتار عسلاً في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلف لتقطعنه أو لتطلقني ثلاثاً فذكرها الله والإسلام فأبت إلا ذلك فطلقها ثلاثاً فلما ظهر إلى عمر ابن الخطاب فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها فقال: «ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق»(٢)، وروي أنه قال: لا طلاق في إغلاق. وروى أبو أمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ليس على مقهور يمين»(٣).

وقال ثابت الأعرج تزوجت أم ولد لوالد عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وله منها ولد فوثب عبد الرحمن فجعل الرهن في رجلي يقول: تروجت أم ولد أبينّا بغير علم منا فوالله ما ننزع منك حتى تطلقها ثلاثاً فطلقتها ثم لحقت بعبد الله بن الزبير فقال: لا طلاق لمستكرهٍ أنت أحق بامرأتك ثم سألت ابن عمر فقال ما قال ابن الزبير فولد له رجلان قال عمرو بن دينار وقد رأيتهما فإن قيل: روى أبو عبيد عن يزيد بن عبد الملك عن أبيه قدامه بن إبراهيم أنه قال: فرفع الأمر إلى عمر فأبانها منه قيل قال أبو عبيد روي عن عمر خلافه، قال الشيخ أحمد البيهقي رحمه اللّه: المحفوظ عن عمر ما ذكرنا، وهذا أشبه أن يكون غلطاً من أبي عبيد أو من يزيد، واحتجوا بما روي أن رجلاً كان نائماً مع امرأته فجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت له: طلقني ثلاثاً أو لأذبحنك فطلقها ثلاثاً ثم أتى النبي ﷺ [٢٢/ب] فأخبره بذلك فقال: «لا قيلولة في الطلاق»(٤) قُلنا: لم يقبل

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٧٦)، وأبو داود (٢١٩٣)، وابن ماجه (٢٠٤٦)، والحاكم (٢/ ١٩٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٠٩٧)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٧٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٠٩٩).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٧١)، وفيه الهياج بن بسطام وهو متروك، وشيخه عنبسة متروك.

(٤) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٢/ ٢١١ ـ ٢١٢)، وابن أبي حاتم في «العلل» (١٣١٢)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ١٥٩)، وقال ابن حجر في «التلخيص»: واهٍ جداً.

قوله في الإكراه، وهو ظاهر من حالة أن المرأة لا تقدر على ذلك فطلقها طوعاً، فإذا تقرر هذا فلا خلاف أنه إذا طلق مكرهاً، وروي بغيره بأن قال: أردتُ من وثاق أو أردت أنها كانت طالق من زوج غيري يقبل في الحكم ولا يقع شيء بخلاف حالة الطوع، لأنه لو أراد ذلك لا يقبل في الحكم لأن الظاهر من الإكراه أنه أراد ما قال ولا خلاف أنه لو اختار اللفظ وأقر به أو أكره على طلقة واحدة فطلقها ثلاثاً أو أكره على تعليق الطلاق بصفة فنجزه أو أكره على التنجيز، فعلق أنه يقع الطلاق وحكىٰ شيخنا ناصر - رحمه اللّه - عن أبي الوليد النيسابوري من أصحابنا أنه قال: لا يقع وإن نوى الطلاق لأن اللفظ من غير اختياره فبقي مجرد النية وهذا ضعيف، وإن أطلق ولم ينو ولم يور بغيره لا يقع الطلاق أيضاً عند أكثر أصحابنا، وقال بعضهم: فيه وجهان، **أحدهما**: هذا لأنه لفظ حمل عليه من غير حق فلا حكم له كالإقرار بالطلاق. **والثاني**: أنه يقع الطلاق لأنه كان قادراً على التورية فتركها فصار مختاراً للطلاق ولهذا تلزمه التورية إذا إكره على كلمة الكفر وهذا اختيار القفال.

فرع

المولى إذا أكره على الطلاق عند امتناعه من الفيء فطلق يقع الطلاق لأنه إكراه بحق، ولو نذر عتق عبد بعينه فامتنع من إعتاقه فأكره حتى أعتق نفذ لما ذكرنا، وعلى هذا لو أكره الذمي على الإسلام فأسلم لا يصح إسلامه لأنه لا يحل إكراهه عليه، ولو أكره الحربي على الإسلام فأسلم صح إسلامه [٢٣/أ] لأنه إكراه بحق، ولو أكره الذمي أو الحربي على الإقرار بالإسلام فأقر لا يصح لأنه إكراه بحق. ولو أكره الذمي أو الحربي على الإقرار بالإسلام فأقرّ لا يصح لأنه لا يجب على المسلم إكراه واحد منهما على الإقرار بالإسلام إنما يجب في الحربي الإكراه على إنشاء الإسلام. ولو قال: طلق امرأتك وإلّا اقتصصتُ منك لا يكون إكراهاً لأنه أوعده بالحق.

فرع آخر

لو قال: طلق وإلا قتلتُ نفسي لا يكون إكراهاً.

فرع آخر

حد الإكراه ماذا؟ قال أصحابنا: أصل الإكراه يفتقر إلى ثلاث شرائط: أن يكون المكره قاهراً غالباً وهو على ضربين، أحدهما: أن يكون عام القدرة كالسلطان والمتغلب، والثاني: أن يكون خاص القدرة كاللص والسيد مع عبده. والثاني: أن يغلب على ظن المكره إن الذي يطلب منه متى لم يفعله وقع به الوعيد الذي يهدده. والثالث: أن يكون الذي يهدده به مما يلحقه به ضرر فيما يخصه في نفسه.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الضرر الذي يتواعد به، منهم من قال: أن يخاف قتلاً أو جرحاً وقد قال أبو إسحاق قريباً من هذا وذلك أنه قال: الإكراه فعل مبرح أو فعل مؤثر تأثيراً يؤدي إلى الموت، فأما إذا هدده بأخذ ماله أو حبسه من غير منع الطعام والشراب فلا

يكون إكراهاً حتى لو هدد بأخذ ماله لا يكون إكراهاً، وقال أيضاً لا إكراه إلا أن ينال بالضرب. وقال ابن أبي هريرة: هذا كله إكراه، والتهدد بأخذ المال وإتلافه إكراه لأن النبي ﷺ جعل له أن يدافع عن ماله كما جعل له أن يدافع عن نفسه وإن هدده بالضرب اليسير والصفع والشتم والحبس فإنه يختلف باختلاف أحوال الناس، لأن في كل هذا ضرراً [٢٣/ب] وقد قال الشافعي رحمة اللّه عليه في «كتاب المكره» من يخاف مخوفاً عليه دلالة أنه إن امتنع من قبول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم والاختلاف باختلاف أحوال الناس، أما إن كان الرجل من ذوي المروءات والأشراف الذي يستضر بالضرب اليسير والشتم والحبس القليل كان إكراهاً، وإن كان من الشطار والسقاط الذين عادتهم الضرب والشتم والحبس لا يكون إكراهاً، وبه قال صاحب «الإفصاح» وهو الصحيح والمذهب، وقال القفال في «شرح عيون المسائل»: حدُ الإكراه في كل موضع أن يخوف الرجل بما لا يطيقه ويشق عليه تحمله في بدنه مثل القتل أو الضرب المبرح أو الحبس الطويل، فأما اللطمة واللطمتان أو حبس يوم أو يومين أو كان شريفاً فخوف بأن يجرد من ثيابه في الملأ أو ينكل به في البلد، أو يركب حمراً ويطاف به، ونحو ذلك فليس بإكراهٍ وكذلك الإكراه بإتلاف المال، لأن الإكراه في البدن لا في المال، وعلى هذا لو قال لرجل: إن أتلفت مال فلانٍ وإلا قتلك فأتلف فهو مكره ولا يغرم المال الذي أتلفه، وبمثله لو قيل: له إن أتلفت مال فلان وإلا أتلفنا مالك فأتلف فعليه الضمان ولا نجعله مكرهاً. قال: وقد غلط أهل هراة في صورة المكره وكنت بها وقد انجلى عنها الرئيس القديم وأقيم مقامه سواه كان هذا الرئيس الثاني يأتي بأقوام من أهل هراة يتهمهم بأن عندهم ودائع ذلك الرئيس القديم فينكرون ويحلفون بالطلاق ويطلقهم فسئلت عن وقوع الطلاق في هذه الحالة فأفتيت بأن الطلاق يقع فنازعني أهل هراة فيها، وقالوا: يجب أن لا يقع لأنها يمين مكرهٍ [٢٤/أ] فقلت: ليس هذا يمين مكره لأن الإكراه أن يخوف في بدنه بشيء فأما في مال غيره فلا إكراه، فإذا حلف أن لا وديعة عندي بالطلاق وعنده وديعةٌ فكأنه افتدى المال بالطلاق فوقع الطلاق إذ الإكراه هاهنا ليس على الطلاق وعلى هذا لو حبس السلطان رجلاً ليصادر فباع أمواله في تلك الحال فالبيع نافذ لأنه لم يكره به على البيع وإنما أكرهه على بدل ماله والفتوى عندي هاهنا أن يحلف ويوري ولا يقع الحنث حتى لا يتلف مال الغير واللّه أعلم. وروي عن أحمد في رواية أنه قال: الوعيد لا يكون كرهاً لأنه لم يلحقه ما يستضر به، وقال: المكره إذا كان القتل أو الضرب الشديد وهذا غلط لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد، لأنه لا يمكن إزالة ما يقع به وإنما يخاف ما يوعد به وقد قال شريح: القيد كره والوعيد كره وفي قصة المشتار عسلاً لم يكن إلا الوعيد، وذكر صاحب «الحاوي»(١) هذا الفصل شرحاً حسناً فأوردته على وجهه وذلك أنه يعتبر في المكره ثلاثة شروط،

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣).

أحدها: أن يكون قاهراً على ما ذكرنا. والثاني: أن يغلب في النفس بالأمارات الظاهرة أنه سيفعل ما يتوعد به إن لم يجب. والثالث: أن يكون بظلم ويعتبر في المكره ثلاثة شروط أحدها: أن لا يقدر على دفع الإكراه عن نفسه لا بالذبّ من المكره، والثاني: أن يعلم إن خوّف المكره بالله تعالى لم يخف لبغيه. والثالث: أن لا يكون له ناصر يمنع منه ولا يمتنع بكفه عنه، فإن عدم أحدها لا يكون مكرهاً، قال: والإكراه ادخال الضرر البين على المكره، وذلك يكون من أحد سبعة أوجه، **أحدها**: القتل وهو الأعظم، **والثاني**: الجرح إما بقطع طرفٍ أو إنهار دم فهو إكراه [٢٤/ب] للألم وربما يسري إلى النفس، **والثالث**: الضرب يكون إكراهاً لألمه وضرره إلا أن يكون في قوم أهل الشطارة والصعلكة الذين يتفاخرون بالصبر على الضرب فلا يكون إكراهاً في أمثالهم. **والرابع**: الحبس. **والخامس**: أخذ المال. **والسادس**: النفي عن بلده، **والسابع**: السب والاستخفاف.

فرع آخر

قال: لو هدد بقتل غيره فإن كان بينهما بعضية كالوالدين وإن علوا والمولودين وإن سفلوا، كان إكراهاً لأن البعضية تقتضي التمازج في الأحكام. وقال القاضي الطبري: لو هدده بإدخال الضرر على ولده فهو كنفسه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، وليس بشيء، وإن كان من غير ذي رحم محرم كبني الأعمام والجار والصديق لا يكون إكراهاً لأن بين جميع الناس تناسباً بعيداً، وإن كان ذا رحم محرم كالإخوة والأعمام والعمات فهل يكون التهديد بقتلهم إكراهاً؟ وجهان، أحدهما: لا يكون إكراهاً لعدم البعضية. والثاني: يكون إكراهاً لوجود المحرمية كالوالدين.

فرع آخر

قال: لو هدده بطول الحبس كان إكراهاً، وإن كان قصير الزمان كاليوم ونحوه لا يكون إكراهاً لقربه وقلة ضرره، وإن كان لا يعلم طوله ولا قصره كان إكراهاً لأن الظاهر من المحبوس على شيء أنه لا يطلق إلا بعد فعله وحكم القيد إذا هدد به حكم الحبس لأنه أحد المانعين من التصرف.

فرع آخر

قال: إذا خوف بأخذ المال ينظر فإن كان كثيراً يؤثر أخذه في حاله كان إكراهاً وإن كان قليلاً لا يؤثر في حاله لا يكون إكراهاً، وإن كان كثيراً إلا أنه لا يؤثر في حاله لسعة ماله فيه وجهان، أحدهما: يكون إكراهاً لقدر المال للنفوس به، والثاني: لا يكون إكراهاً اعتباراً [٢٥/أ] بحاله التي لا يؤثر المأخوذ فيها، وقال الماسرجسي: لو قيل لغني: افعل كذا وإلا أخذت منك خمسة دراهم لا يكون إكراهاً.

فرع آخر

لو أكرهه بالنفي عن بلده فإن كان ذا ولد وأهل ومالٍ لا يقدر على نقله معه كان

إكراهاً، وإن قدر على نقلها ومكن منها فيه وجهان، أحدهما: لا يكون إكراهاً لتساوي البلاد كلها في مقامه فيما شاء منها، والثاني: يكون إكراهاً لأن النفي يكون عقوبةً كالحد وفيه مشقة شديدة.

فرع آخر

قال: في السبّ والاستخفاف إن كان من عامة الناس وسفلتهم الذين لا يتناكرون ذلك فيما بينهم ولا ينقص جاههم لا يكون إكراهاً فيهم، وإن كان من ذوي الصيانات وذوي المروءات فيه وجهان، **أحدهما**: يكون إكراهاً لما يلحقهم من وهن الجاه وألم القلب. **والثاني**: لا يكون إكراهاً لأن الناس علموا أنه مظلوم به، قال: والأصح عندي أنه ينظر في حال الإنسان فإن كان من أهل الدنيا وطالبي الرتبة فيها كان ذلك إكراهاً في مثله لأنه ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، وإن كان من أهل الآخرة وذوي الزهادة في الدنيا لم يك ذلك إكراهاً في مثله، لأنه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، بل ربما كان أعلا لذكره مع كثرة ثوابه، هذا مالك بن أنس رحمه اللّه جرد السياط فيما كان يفتي به من سقوط يمين المكره فكأنما كان خلياً خُلّيَ به في الناس.

فرع آخر

ينظر في المكره فإن تلفظ به غير قاصد للفظه ولا مريد لإيقاعه لم يقع، وإن قصد لفظه وأراد إيقاعه يقع، وإن قصد لفظه ولا يريد إيقاعه فيه وجهان، أحدهما: لا يقع لفقد الإرادة في الوقوع. والثاني: يقع لقصده لفظه والمختار إذا تلفظ به ولم يرد [٢٥/ب] وقوعه وقع.

فرع آخر

طلاق الهازل وعتقه نافذ بلا خلاف لأنه اختار لفظ، وإن لم يختر حكمه وصورته أن يقول لزوجته: طلقتك ظنها أجنبية ونحو ذلك وهذا لقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح»[١] وروى أبو هريرة «النكاح والطلاق والرجعة»[٢].

فرع آخر

لا يقع طلاق المغلوب على عقله من المجنون والنائم والمغمى عليه، ولا يقع طلاق الصبيّ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»[٣]، وقال علي رضي اللّه عنه: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٨/ ٣٠٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والدارقطني (٣/ ٢٥٧)، والحاكم (٢/ ١٩٧ ـ ١٩٨).

(٣) تقدم تخريجه.

والصبي[١]. وقال أحمد في رواية: إذا عقل الصبي الطلاق يقع طلاقه وهذا غلط لما ذكرنا ولا غير مكلفٍ كالمجنون.

مسألة: قالَ[٢]: «طلاقُ السكرانِ مِنْ خمرٍ أو نبيذٍ».

الفصل

نصَّ الشافعي رضي اللّه عنه في عامة كتبه: أن طلاق السكران واقع ونصّ على أنه إذا أسلم في حال سكره ثم ارتد استتيب فإن تاب وإلا قتل. قال: المزني وقال الشافعي في «التنبيه»: في ظهار السكران قولان، وهذا لا يعرف للشافعي ولكن نقله المزني عن أمالية القديمة ولعله سمعه منه لفظاً فيكون طلاقه على قولين أيضاً.

أحدهما: يقع وبه قال ابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والنخعي وسعيد بن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن ومحمد بن سيرين والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد في رواية. والثاني: لا يقع، وبه قال عثمان بن عفان وربيعة والليث وطاوس ويحيى بن سعيد وهو اختيار المزني وابن سريج وأبي سهل الصعلوكي وسهل وأبي ظاهر الزيادي والكرخي [٢٦/أ] وإسحاق وأبي ثورٍ وداود وابن القاسم الصفار من أصحابهم وهو رواية عن علي وابن عباس رضي اللّه عنهم وهو الصحيح عندي، وبه أفتي، روراه بعض أصحابنا عن عمر بن عبد العزيز وأبي يوسف، وقيل: قولٌ واحدٌ للشافعي أنه يقع ولم يوجد في القديم ما نقل المزني، وإن ظفر به المزني فلعله حكاية مذهب الغير وعلى هذا أكثر أصحابنا، وروي أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه وإن قتلَ قُتل[٣]، وقال الحسن: السكران يجوز طلاقه وعتقه ولا يجوز شراؤه ولا بيعه[٤]، وقال الزهري: أُتي عمر بن عبد العزيز برجل سكران فقال: إني طلقت امرأتي وأنا سكران فكان رأي عمر معناه أن نجلده وأن يفرق بينهما فحدثه أبان بن عثمان عن عثمان رضي اللّه عنه أنه قال: ليس للمجنون والسكران طلاق، فقال عمر: كيف تأمروني وهذا يحدثني عن عثمان؟ فجلده ورد إليه امرأته. قال الزهري: فذكر ذلك له لرجاء بن حيوة فقال: قرأ علينا عبد الملك بن مروان كتاب معاوية بن أبي سفيان فيه السنن إن كل أحدٍ طلق امرأته جائز إلا المجنون[٥] والدليل على أنه لا يقع طلاقه أنه لا يعلم ما يقول فأشبه النائم فإن قيل: النائم النائم غير عاصٍ وهذا عاصٍ يغلظ عليه قلنا: باطل بالنائم وقت الصلاة حتى تخرج وقتها عمداً فإنه عاصٍ ولا يقع طلاقه فإن قيل: هو عاصٍ بترك الصلاة لا بالنوم قلنا: هذا عاصٍ بالشرب لا بالسكر فإنه من اللّه تعالى، وكما أن السكر تولد من السبب فكذلك [٢٦/ب] تولد من النوم فلا فرق، وأيضاً لو ضرب على

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٠٩)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٧٩).

(٢) انظر الأم (٤/ ٨١).

(٣) البيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١١٢).

(٤) انظر السابق.

(٥) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١١٣).

رأسه بشيء حتى زال عقله ثم طلق لا يقع طلاقه بالإجماع، وهذا عاصٍ واحتج الشافعي رحمه اللّه تعالى على من خالفه في وقوع الطلاق بأن المعصية بشرب الخمر لا تسقط عنه فرضاً ويعاقب، فلا يقاس على المثال بزوال عقله وهو المجنون وهذا ظاهر ولكن يدخل عليه ما ذكرنا واللّه أعلم.

فإذا تقرر هذا قال أصحابنا: حد السكر أن يختلط كلامه ويتمايل في مشيه، وقال أبو ظاهر الزيادي: هو أن يصير إلى حالة يبدر من لسانه كلامه من غير قصده، وقال العامري: عند أبي حنيفة هو أن يذهب عقله كله بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا المرأة من الرجل، وقال أبو يوسف: حده أن يذهب عقله بحيث لا يقيم منطقاً ولا جواباً، قال القفال: سمعتُ هذا عن أصحاب أبي حنيفة رحمه اللّه وكنت أنكر أن هذا كيف يتصور حتى سمعتُ المحمودي من أصحابنا قال: كنت أجتاز ببعض الطريق فإذا أنا بسكران وقع في وحلٍ وكان البرد شديداً وهو يقول: يا ستي سلي اللحاف ظناً منه أنهُ نايم في بيته فعلمتُ أنه لا يعرف الليل من النهار والسماء من الأرض والوحل من اللحاف.

فرع

إذا أكره السكران وأوجر في حلقه لا طلاق لارتفاع المأثم وأصحاب أبي حنيفة يختلفون فيه.

فرع آخر

لو قال: أكرهت على السكر ولم أعلم أنه مسكر وقد طلق فالقول قوله مع يمينه.

فرع آخر(1)

اختلف أصحابُنا في علة وقوع الطلاق، فقال ابن سريج: العلة فيه أنه متهم فيه لفسقه [٢٧/أ] ولا يعلم سكره إلا من جهته فعلى هذا يلزمه الطلاق وجميع الأحكام المغلظة والمخففة في الظاهر دون الباطل ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، ومن أصحابنا من قال: العلة أنه يغلظ عليه بالمعصية فعلى هذا يلزمه التغليظات وما كان يحفظ كالنكاح والرجعة وقبول الهبات والبياعات لا تصح، وقال جمهور أصحابنا: العلة إسقاط حكم سكره بتكليفه وإنه كالصاحي فعلى هذا يصح الجميع التغليظ والتخفيف ظاهراً وباطناً، قال القاضي أبو حامد: وكنت أذهب إلى الوجه الثاني حتى وجدت نصاً للشافعي أنه يصح رجعته وإسلامه من الردة فرجعت إلى هذا الوجه الآخر.

فرع آخر

قال القفال: الصحيح أن في جميع أقواله وأفعاله قولين حتى في وجوب القصاص عليه بالقتل والحد بالقذف ففي أحد القولين حكمه حكم الصاحي وفي القول الثاني

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/٢٣٧).

حكمه حكم المجنون، ومن أصحابنا من قال: القولان في الأقوال دون الأفعال ومن أصحابنا من قال: فيما عليه قول واحدٌ أنه كالصاحي وفيما له قولان.

فرع آخر

لو شرب دواءً أو بنجاً فزال عقله فإن كان للدواء فهو معذور كالمجنون لا يقع طلاقه، وإن قصد به زوال العقل للّهو والجنون فلا نص فيه ولكن قياس ما قال في الصلاة أنه يلزمه قضاء الصلوات وهو كالسكران، وقال في «الحاوي»[1] فيه وجهان، أصحهما: إنه كالسكران لأنه عاص. والثاني: وبه قال أبو حنيفة لا يقع طلاقه وأن كان عاصياً لأن الشراب مطرب تدعو النفوس إلى تناوله فغلظ حكمه زجراً عنه كما بالحدِ بخلاف هذا، وحكى العامري عنه [٢٧/ب] أنه لو أغمي عليه من سكره لا يقع طلاقه أيضاً.

فرع آخر

لو سكر ثم جن فإن لم يتولد الجنون من سكره لايقع طلاقه، وإن تولد من سكره فحكمه حكم السكران وإن جن ثم سكر لا يقع طلاقه وهو كغير السكران.

فرع آخر

إذا قلنا لا يقع طلاقه ينبغي أن لا يفعل الطلاق حين قاله يتقين زوال عقله حتى يقبل قوله فأما إذا اتهمناه أو قال بعد الصحو: عقلت الطلاق حين تكلمت يقع طلاقه بلا إشكال.

باب الطلاق والحساب والاستثناء

مسألةٌ: قالَ[2]: «ولوْ قالَ: أنتِ طالقٌ واحدةً في اثنتينِ».

الفصل

إذا قال لها: أنت طالق واحدة في اثنتين لا يخلو إما أن يكون عارفاً بالحساب أو جاهلاً فإن كان جاهلاً فإن نوى مقرونه باثنتين طلقت ثلاثاً ويكون معنى قوله في اثنتين أي مع اثنتين وقد يذكر ذلك ويراد به كما قال تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ حَقَّ عَلَيۡهِمُ ٱلۡقَوۡلُ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأحقاف: ١٨] أي مع أمم وإذا أطلق وقال: لانية لي وقعت واحدة لأنه إذا لم يفهم ما قال لم يقصد إلى لفظ الإيقاع فهو كقول الأعجمي: أنت طالق وهو لا يعرف معناه لا يقع شيء، وإن قال: أردت موجبه عند أهل الحساب قال عامة أصحابنا: يقع طلقةً لأنه إذا لم يفهم معناه في نفسه لم يكن طلاقاً بأن يفهمه غيره، كما لو قال الأعجمي: أنت طالق ثم قال: ما فهمت ذلك ولكني أردت موجبه عند أهل اللسان لا يقع شيء، وقال أبو بكر الصيرفي: يكون على ما أراد فيقع طلقتان لأن ذلك مقتضى الحساب [٢٨/أ] وإن كان عارفاً بالحساب فإن قال: أردت مقرونةً طلقت ثلاثاً، وإن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٣٨).

(٢) انظر الأم (٤/ ٨١).

قال: أردت أن يكون الثنتان ظرفاً كما يقال ثوبٌ في صندوقٍ وسيفٌ في غمدٍ يقع واحدة ويقبل قوله، وإن قال: أردت به الحساب يقع اثنتان، وإن أطلق وقال لا نية لي نقل المزني وحكاه عنه لفظاً في «جامعه الكبير» إنه يقع واحدة لأنه يحتمل في اثنتين واقعتين ويحتمل في اثنتين باقيتين عليك فلا يلزمه إلا اليقين. وقال أبو إسحاق: يحتمل أن يقال يقع اثنتان، لأنه صريح في اثنتين، لأن عبارة أهل اللسان بها عن الاثنتين، وبه قال أحمد. وقال القفال: فيه قولان مبنيان على ما لو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق هل يحمل على التكرار أو الاستئناف عند الإطلاق؟ فيه قولان فإن أخذنا بظاهر اللفظ هناك وهو الاستئناف يقع اثنتان هاهنا، وإن أخذنا باليقين هناك فهاهنا يقع واحدة، وإن ادعت المرأة أنه أراد مقرونة فالقول قوله مع يمينه. وقال أبو حنيفة: يقع طلقة واحدة بكل حال سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد مع اثنتين، واحتج بأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فتكون واحدة في اثنين اثنين، فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة له في الحساب، وإنما حصل منه لفظ الإيقاع في واحدة فوقعت دون غيرها وهذا غلط لأن هذا اللفظ موضوع في العدد لاثنين، فإذا أراده وقع به من الطلاق ما وضع له، وأما ما ذكر فلا يصح لأنه وضع للحساب في الأصل فصار مستعملاً في كل ما له عدد.

فرع[1]

لو قال: أنت طالق اثنتين اثنتين يقع ثلاث تطليقاتٍ إذا كان يعلم الحساب وقصده لأن ذلك عبارة [٢٨/ب] عن أربعة، وعند أبي حنيفة يقع طلقتان وإن لم يقصد الحساب، فعلى المنصوص يقع طلقتان وعلى قول أبي إسحاق يقع ثلاثة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحد مقرونة باثنتين ونوى واحدة ففي قبول قوله وجهان، وإن أطلق فوجهان، أحدهما: يقع ثلاث، والثاني: يقع طلقتان ذكره جدي الإمام رحمه اللّه.

مسألة: قالَ[2]: «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ واحدةً لا يقعْ عليكِ فهيَ واحدةٌ».

إذا قال: أنت طالق واحدة لا يقع عليك تقع طلقة لأن قوله: أنت طالق واحدة إيقاع في الشرع، وقوله لا يقع عليك كذب لأن اللّه تعالى أوقعها فالخبر عنها بأنها لا تقع كذب وأيضاً، فإن قوله لا تقع عليك رفع لجميع ما أوقعه عليها وذلك لا يصح فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً.

فرع

قال ابن سريج في كتاب «الغنية»: لو قال: أنت طالق لا وقعت طلقة وسقط قوله:

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ٧٨).

(٢) انظر الأم (٤/ ٨٢).

لا، ولو قال: أنت طالق أو لا؟ يقع الطلاق لأنه استفهامٌ تقديره أو لست بطالق فلم يقع.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء فالذي يقتضيه قياس قول ابن سريج أن لا يقع شيء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد، وقال محمد: يقع واحدة لأن قوله أو لا شيء يرجع إلى ما يليه من اللفظ، وهو قوله واحدة دون لفظ الإيقاع، وهذا لا يصح لأن الواحدة صفة للطلقة الموقعة فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء، ولو قال: أنت طالق بل لا طلقت ذكره ابن أبي أحمد.

فرع آخر

لو قال: أنت لا طالق لم يقع شيءٌ لأنه قدم حرف النفي.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اثنتين لا يقعان عليك طلقت اثنتين، وكذلك لو قال ثلاثاً لا يقعن عليك طلقت ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق واحدةً وثانيةً لا تقع عليك أو قال: وثانيةً لا [٢٩/أ] طلقت واحدةً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين لا يقع واحدة منهما صار استثناء وطلقت واحدة كما لو قال: أنت طالق اثنتين إلا واحدة، وذكر جدي وجهاً أنه يقع اثنتان ولا يكون استثناء وهو ضعيف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق من واحدةٍ إلىٰ ثلاث وقعت ثلاث تطليقات، وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يقع اثنتان، وقال زفر: يقع واحدة وكلاهما يحتمل على مذهب الشافعي، ففي المسألة ثلاثة أوجه: وجه القول الأول: أن الثلاث اسم لثلاثة آحاد مجموعةٍ فقد دخل آحاد الثلاث في قوله إلى ثلاث فيقع الكل، كما لو قال إلى تمام الثلاث. ووجه القول الثاني: أنه أوقع ما بين الواحدة وبين الثلاث وما بينهما هي الثانية، غير أن من ضرورة الثانية أن يكون لها أول فأوقعنا الأولى بضرورة ويجوز أن يكون ثانية لا ثالثة له فلم توقع وهذا أقرب إلى المذهب. ووجه القول الثالث: أن لفظه للطلقة الثانية فلا يقع غيرها، كما لو قال: أنت طالق آخر الثلاث تقع الثالثة دون الثانية والأولى وهذا أقيس، قال شيخنا ناصر: وهكذا الحكم إذا قال: أنت طالق ما بين الواحد إلى الثلاث.

مسألةٌ: قال[1]: «ولو قالَ: واحدةً قبلَها واحدةٌ كانتْ تطليقتينِ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٢).

إذا قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة نص الشافعي رضي اللّه عنه على أنه يقع طلقتين ولا خلاف فيه واختلف أصحابنا في كيفية وقوعها، فقال أبو إسحاق: قوله: أنت طالق طلقة إيقاع في الحال لطلقة وقوله: قبلها طلقة إخبارٌ عن طلقة قبلها وليس بإيقاع لأن إيقاع الطلاق في الحال في وقت مضى بحال، وقال ابن أبي هريرة: كل واحدة منهما إيقاع فيقع طلقة عقيب طلقة وهذا لا يصح [٢٩/ب] لأن الشافعي فرّع على هذا في «الأم»[١] فقال: إن قال: أردت بقولي قبلها طلقة طلاقاً كنت طلقتها قبل هذا فإن علم ذلك قبل منه وإلا لا يقبل منه في الحكم، ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى فدل على بطلان ما قاله ابن أبي هريرة، ومن أصحابنا من حكى خلاف هذا عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، فقال: قال أبو إسحاق تقع هذه الواحدة التي جعلها قبل التي أوقعها على موجب لفظه اعتباراً بموجب اللفظ ويكون وقوعها بعد لفظه وقبل التي أوقعها بلفظه فيجعل تأخر الطلاق مؤخراً ليتقدمه طلاق الصفة حتى لا يكون قوعه سابقاً للفظه، وقال ابن أبي هريرة يقع مع التي أوقع ولا يقع قبلها لئلا يكون وقوع الطلاق سابقاً للفظ الطلاق، كما لو قال: أنت طالق أمس، وقع في اليوم لهذا المعنى وهذا أصح ولا يصح ما قاله أبو إسحاق لأن ناجز الطلاق يقع بنفس اللفظ لا بتعقبه، لأنه لو قال لها: أنت طالق ومات مع آخر كلامه من غير فصل طلقت، ولو كان يقع بعده لم تطلق فعلى قول أبي إسحاق تقع الطلقتان عليها بعد لفظه بزمانين ليقع كل واحدة من الطلقتين في كل واحد من الزمانين وعلى قول ابن أبي هريرة تقع الطلقتان بنفس اللفظ من غير زمان يعتبر بعده واختار القاضي الطبري: أنه يترتب في الوقوع فيقع طلقةً بعد طلقة ويصير كأنه قال: قال: أنت طالق طلقة بعد ساعة فكأنه أوقعها متأخرة وطلقة قبلها في الحال وهذا أظهر.

فرع

لو قال: أنت طالق طلقةً بعدها طلقة يقع طلقتان وتكون واحدةً بعد واحدةٍ على موجب لفظه بلا خلاف إلا على قول أبي إسحاق تقع الأولىٰ بعد قوله أنت طالق طلقة، وتقع الثانية بعد قوله: بعدها طلقة وعلى قول ابن أبي هريرة: تقع الأولى مع قوله: أنت طالق [٣٠/أ] وتقع الثانية بعد قوله: بعدها طلقة.

فرع آخر

قال في «الأم»[٢]: فإن قال في هذه المسألة: أردت بقولي: بعدها طلقة سأوقعها عليك بلفظ جديد قبل فيما بينه وبين اللّه تعالى دون الحكم لأنه خلاف الظاهر، وقال في «الحاوي»[٣]: إن صدقته قبل منه ظاهراً وباطناً، وإن كذبه لم يقبل ظاهراً على ما ذكرنا، وكذلك لو قال: أنت طالق قبل طلقة أو بعد طلقة وقعت طلقتان أيضاً.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٦٩). (٢) انظر الأم (٥/ ١٧٠).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٤١).

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقةً قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق طلقة قبلها وبعدها طلقة طلقت ثلاثاً أيضاً، لأنه أوقع نصف واحدة قبلها والنصف الثاني بعدها والنصف يكمل بطلقة وفيه وجه آخر: تقع طلقتان وليس بشيء.

فرع آخر

لو كان له زوجتان حفصة وعمرة فقال لعمرة: كلما حلفت بطلاق حفصة فأنت طالق فقد حلف بطلاق عمرة لأنه علق طلاقها بالصفة فإن قال بعد ذلك لحفصة: كلما حلفت بطلاق عمرة فأنت طالقٌ فقد حلف بطلاق حفصة فتطلق عمرة، فإن أعاد القول لحفصة طلقت عمرة طلقة ثانية فإن أعاد القول لحفصة طلقت عمرة ثانية فإن أعاد القول لحفصة طلقت عمرة الثالثة، فإن أعاد القول لعمرة لم تطلق حفصة لأن عمرة قد بانت فلا يمكن أن يحلف بطلاقها فطلقت عمرة ثلاثاً وطلقت حفصة طلقتين.

فرع آخر

لو قال لها: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق قد ذكرنا هذه المسألة، وكذلك لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق ولا فرق بين كلما وإذا في هذا إلا في موضع واحد وهو أنه لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال بعد هذا: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن خرجت منها فأنت طالق، وإن لبست فأنت طالق طلقت ثلاثاً، ولو كان عقد الصفة بكلمة إذا لم تطلق إلا واحدة لأن إذا لفعل مرة وكلما للتكرار [٣٠/ب] فأن لم يكن مدخولاً بها لا يقع إلا واحدة.

فرع آخر

لو قال: كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق وعبد من عبيدي حر فأعادها بعد العقد ثلاثاً طلقت ثلاثاً وعتق ثلاثة أعبد، فإن أعاد رابعاً فلا طلاق ولا عتق لأنه لا طلاق بعد الثلاث فإن كان غير مدخولٍ بها لا يقع إلا واحدة ولا يعتق إلا عبد واحد.

مسألة: قال[١]: «ولو قال: رأسُكِ أو شعرُكِ أو يدُكِ أو رِجلُكِ أو جُزءٌ مِنْ أجزائِكِ طالقٌ».

الفصل

إذا طلق جزءاً من أجزائها مشاعاً طلقت بلا خلاف سواءٌ كان ذلك الجزء مجهولاً أو معلوماً فإن طلق جزءاً معيناً أي جزءٍ كان طلاقاً عندنا والأصل فيه أن يتصل بها اتصال الخلقة مثل اليد والرجل والظفر والشعر وغير ذلك. وقال أبو حنيفة: لا يقع الطلاق إلا أن يضيفه إلى الرأس أو الوجه أو الرقبة أو الظهر أو الفرج لأنه يعبر بهذه الأشياء عن جميع البدن، وهكذا الخلاف في العتق إلا أنه قال: لو قال لعبده: فرجك حر لم

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٢).

يعتق، ولو قال لأمته ذلك تعتق. وقال أحمد: إذا أضافه إلى عضو لا ينفصل في حال الحياة يقع، فأما إذا أضاف إلى الشعر والسن والظفر لا يقع وهذا غلط لأنه أضاف الطلاق إلى جزءٍ استباحه بعقد النكاح فيقع على الجملة كالأعضاء الخمسة.

فرع

إذا قال: شعرك طالق ظاهر المذهب أنه يقع الطلاق على الجملة بهذا اللفظ لأنه لما علم أن الطلاق لا يتبعض قصد بتطليق بعضها تطليق جميعها. ومن أصحابنا من قال: يقع على ذلك الجزء ثم يسري إلى الباقي لأن الطلاق مبني على السراية وهذا أصح عندي، وفائدة هذا تتبين فيما لو لم يكن لها يد من الكتف فقال: يدك طالق هل يقع؟ فأن قلنا بالأول [٣١/أ] يقع، وإن قلنا بالثاني لايقع، وقيل: في الشعر وجهان بناءً على أن فيه روحاً أولاً وفي السن وجه واحدٌ.

فرع آخر

لو كان لها إذن مقطوعة ملصقة فإذا أضاف الطلاق إليه قال أهل العراق من أصحابنا: لا تطلق، وقال القفال: طلقت وسمعت مشايخنا بخراسان يذكرون فيه وجهين والصحيح عندي ما ذكره القفال والأقرب إلى المذهب غيره.

فرع آخر

لو قال: ريقك أو دمعك أو لبنك أو منيك أو دمك طالق لا يقع الطلاق لأنه لا يتصل بها اتصال الخلقة وإنما البدن وعاء له، وقال القفال: فيه وجهان قال: والصحيح عندي أنه لا يقع إلا في دمك فإنه يقع قال: وكذلك إذا قال: روحك طالق يقع على قياس قول غيره لا يقع وقيل: إن اللبن والمني كالدم يقع الطلاق بالإضافة إليه وجهاً واحداً والوجهان في الدمع والريق وهذا ليس بشيء. وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق بالإضافة إلى الريق وإلى كل ما في بدنها.

فرع آخر

لو أضاف إلى الجنبين لا يقع الطلاق وذكر الإمام أبو علي السنجي فيه وجهاً آخر أنه يقع وليس بشيء.

فرع آخر

لو أضاف إلى فعلها فقال: أكلك أو شربك أو قيامك طالق أو أضاف إلى حواسها فقال: نظرك أو سمعك أو ذوقك أو لمسك طالق لا تطلق إلا أن يوقعه على جوارح هذه الحواس فيقول عينك أو أذنك طالق فيقع.

فرع آخر

لو قال: عقلك طالق لم يقع لما ذكرنا من العلة.

فرع آخر

لو قال: بياضك أو سوادك أو لونك طالق فيه وجهان، أحدهما: يقع لأنه من ذاتها الذي لا ينفصل عنها، والثاني: لا يقع لأن الألوان أعراضُ تحل الأجسام وليست كالذات.

فرع آخر

لو قال: غمك أو فرحك أو عمرك طالق [٣١/ب] قال جدي الإمام رحمه اللّه: فيه وجهان والمذهب أنه كناية فإن أراد طلاقاً وقع وذكر مثله إذا قال: حركتك أو سكونك أو سمعك طالق.

فرع آخر

لو قال: أوقعت الطلاق في قميصك أو ثوبك فهو كناية ذكره جدي الإمام رحمه اللّه وكذلك لو قال: أوقعت عندك أو في دارك أو دار أبيك طلاقاً كان كناية أيضاً.

فرع آخر

لو قال لها: أقبلي نفسك فقالت: قبلت أو قال لأبيها أو لأخيها: اقبلها، فقالت: قبلت أو قال أبوها: قبلت، فإن نويا طلاقاً وقع وإلا فلا يقع.

فرع آخر

لو استحق فسخ النكاح بالعيب فقال: فسخ النكاح في يدها لا نصَّ فيه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، وقال أهل العراق من أصحابنا: لا يصح ذلك وجهاً لأنه لا يسري كسراية الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا فرجك طلقت لأنها لا تتبعض والإستثناء لا يسري.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا أنت طلقت لأنه يرفع جميع ما قبله.

فرع آخر

لو قال: يا حفصة أنت طالق ورأسُ عمرة بالرفع طلقا وقيل: إذا لم ينو هل تطلق عمرة؟ وجهان، ولو قال: ورأسِ عمرة بالكسر لم تطلق عمرة لأنه صار خارجاً مخرج القسم برأس عمرة على طلاق حفصة.

مسألةٌ: قالَ[1]: «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ بعضَ تطليقةٍ كانتْ تطليقةً».

إذا قال لها: أنت طالق نصف طلقةٍ وقعت طلقة، وقال داود: لا يقع شيء لأن الشرع لم يرد بإيقاع نصف الطلاق وهذا غلط لأن اللّه تعالى قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ

(١) انظر الأم (٤/ ٨٢).

مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فلا تحل له من بعد ولم يفصل ولأن التحريم والتحليل إذا اجتمعا غلب التحريم كما لو طلق نصفها [٣٢/أ] ولأن التحريم بتبعض فغلب ويكمل.

فرع

لو قال: أنت طالق بعض طلقةٍ طلقت طلقة كما لو قال: نصفك طالق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفي طلقة طلقت طلقة كقوله أنت طالق طلقةً.

فرع آخر

لو قال: نصف طلقتين فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقةً واحدة وهو الصحيح لأن نصفهما واحدة. والثاني: تقع طلقتان، لأن معناهُ النصف من كل واحدة منهما.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين كانت ثلاثاً ذكره القفال وجماعة، وقال صاحب «الإفصاح»: يحتمل وجهين، أحدهما: تطلق اثنتين والنصف الثالث لغو. والثاني: تطلق ثلاثاً ويكون تقديره أنت طالق ثلاث مرات نصف طلقتين فيكون ثلاث طلقات والأول أبين.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقةٍ فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقة والنصف الثالث لغو، والثاني: يقع طلقتان وهو اختيار القفال لأن ثلاثة أنصاف تطليقةٍ هو طلقة ونصف فيملك طلقتان وكذلك في الإقرار: إذا قال: علي ثلاثة أنصاف درهم فيه وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان، والثاني: يلزمه درهم ونصف لأن الإقرار لا يكمل ولذلك إذا قال: عليَّ ثلاثة أنصاف درهمين فيه وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان لأن الدرهمين نصفان كل نصف منهما درهم والفاضل لغو، والثاني يلزمه ثلاثة دراهم.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفي تطليقتين يقع طلقتان لأن نصف تطليقتين واحدة فنصفهما طلقتان بالتكميل.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف تطليقة ومثله فيه وجهان، أحدهما: تطلق واحدة لأن [٣٢/ب] مثل النصف نصف فصار كأنه قال: أنت طالق نصفي تطليقةٍ، والثاني: يقع طلقتان لأنه أدخل واو العطف هاهنا ولم يضعها هاهنا إلى طلقة واحدة، وعلى هذا لو قال: أنت طالق نصف طلقة ومثله يقع على الوجه الأول تطليقتان، وعلى الوجه الثاني ثلاث تطليقات.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصفه وضعفها طلقت اثنتين وجهاً واحداً، والفرق أن المثل نظير والنصف يكرر.

فرع آخر

لو قال: أنت نصف طالق طلقت كما لو قال: نصفك طالقٌ، ولو قال: أنت نصف طلقة فيه وجهان، أحدهما: تطلقُ واحدةً إذا قلنا أنت طالق صريح، وإذا قلنا: كناية لا يقع هاهنا إلا أن ينوي.

فرع آخر

قال الشافعي[1] رحمة اللّه عليه في إباحة الطلاق: إذا قال: أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقةٍ وقعت ثلاثاً لأنه عطف جزءاً من طلقةٍ على جزءٍ من طلقةٍ وظاهره أنها طلقات متغايرة، قالوا: ولو قال: أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقةٍ سدس طلقة وقعت طلقة واحدة لأنه ليس في قوله ثلث طلقةٍ لفظ الإيقاع ولا عطف على ما فيه لفظ الإيقاع، فهو كما لو قال: أنت طالق طلقة لم يقع إلا واحدة، قال أصحابنا: والتدين في الحكم إذا عطف بالواو لأنها متغايرة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثنتين إلا نصف كل واحدة فهما لا يقعان عليك طلقت ثنتين.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أقلهن ولا نية له طلقت ثلاثاً. ولو قال: إلا أكثرهن طلقت اثنتين.

فرع آخر

لو قال: أنتما طالقان إلا أنت يا زينب طلقتا.

فرع آخر

لو قال لأربع زوجات له: طوالق إلا زينب لم تطلق زينب.

فرع آخر

لو قال: أنت نصف طلقةٍ وثلث طلقةٍ وسدس طلقةٍ فهو كما لو قال: أنت طلقة [٣٣/أ] وقد ذكرنا فيه وجهين، أحدهما: أنه صريح فيقع هاهنا ثلاث، والثاني: كناية فيقع ما نوى.

فرع آخر

لو قال[2]: أنت طالق نصف ثلث سدس، ولم يقل طلقة وقعت طلقة بقوله أنت

---

(١) انظر الأم (٥/١٦٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/٢٤٦).

طالق، وكذلك لو قال نصفاً وثلثاً وسدساً ولم يزد على هذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف وثلثي طلقة فيه وجهان، أحدهما: تطليقتان لأنه زاد على الواحد سدس تطليقة فحمل ذلك السدس. والثاني: لا يقع إلا واحدة لأنه أضاف النصف والثلثين إلى طلقة واحدة والطلقة نصفاً وثلثين فلغت الزيادة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق نصف ثلاث تطليقات وقعت اثنتان إلا أن يريد نصف كل واحدة تقع ثلاث.

فرع آخر

لو قال: ثلثي تطليقتين أو ثلثي ثلاث تطليقات طلقت ثنتين إذا لم يرد بقوله ثلاث تطليقات تقسم كل طلقة فإن أراد ذلك يقع ثلاث.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق خمسة أنصاف تطليقة وقعت ثلاث، ولو قال: خمسة أرباع تطليقة طلقت ثنتين، وكذلك ستة أخماس تطليقة طلقت ثنتين، ولو قال: نصفك طالق نصف تطليقة لزمته تطليقة واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق واحدة في نصف واحدة فإن نوى الزيادة على الواحدة قبل قوله، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة.

فرع آخر

لو نظر إلى امرأتين زوجة وأجنبية فقال: إحداكما طالق فالقول قوله فإن قال أردت زوجتي طلقت، وإن قال: أردت الأجنبية لم تطلق قال في «الإملاء»: لأن الطلاق على امرأته لا يقع إلا بأحد أمرين: إما بالإشارة إليها وهو أن يقول: أنت طالق أو بالصفة وهو أن يذكر اسمها وقد عدم [٣٣/ب] الأمران جميعاً، وقال أبو حنيفة رحمه اللّه: يقع على امرأته لأن الإنسان لا يقصد في العادة إلى طلاق الأجنبية، وقيل: هو وجه لبعض أصحابنا ولكنه خلاف المنصوص.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان اسم زوجته زينب فقال: زينب طالق ثم قال: أردت زينب جارة لها لم يقبل منه في الحكم والفرق بين هذه المسألة وبين المسألة قبلها أن في هذه المسألة ما طلق إلا واحدة وجارتها ما شاركتها في هذا الاسم لفظاً، وإنما شاركتها في أن الاسم موجود فيها والظاهر في العادة أن المراد به الزوجة فلا يقبل منه غير ذلك وليس كذلك إذا قال إحداكما طالق لأن كل واحدة منهما شاركت الأخرى لفظاً فيقبل

منه ما نواه. وقال القاضي الطبري: قال الداركي عن أبي جعفر الترمذي أنه قال: إذا قال: فلانة طالق فسمّىٰ امرأته باسمها ثم أردت امرأة أجنبية اسمها اسم امرأته وهي مطلقة من زوجها يقبل ذلك منه في الحكم إلا أن يكون في لفظه ما يدل عليه بأن يقول: فلانة امرأتي أو يقول طلقت فلانة وهذا اختيار القاضي الطبري وهو الصحيح عندي.

فرع آخر

لو قال: لأم امرأته بنتك طالق ثم قال: أردت بنتك التي ليست بزوجةٍ لي، قال القاضي الطبري: الذي عندي على قياس ما قاله في «الإملاء»: أن يقبل منه، وقال صاحب «الحاوي»: هذا وإن كان تفريعاً ولم يذكر اسماً فهو بالاسم أشبه فيخص الاسم لقوته بالزوجية فيلزمه الطلاق في الحكم ويدين في الباطن.

مسألةٌ: قالَ: «ولو قالَ لأربعِ نسوةٍ: قد أوقعتُ بينكنَّ تطليقةً كانتْ كلُ واحدةٍ منهنَّ طالقاً».

إذا قال [٣٤/أ] واعلم أن الاستثناء ضد المستثنى منه فهو من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات تقول جاءني القوم إلا زيداً معناه جاؤوا وما جاء زيد وما جاء أحد إلا زيداً معناه ما جاء أحد وجاء زيد فيكون ابداً من الذي يليه ولا يجوز استثناء الكل بحالٍ، فإذا تقرر هذا فقال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدةً أثبت ثلاثاً ونفى طلقه فيقع طلقتان ولو قال ثلاثاً إلا طلقتين أثبت ثلاثاً ونفىٰ طلقتين فيقع طلقة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً تقع ثلاثاً لأنه استثناء الكل فلا يصح.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة طلقت ثلاثاً لأنه أنفى طلقتين ونصف طلقة فكأنه قال: أنت طالق طلقتين ونصف طلقة تقع ثلاث نص عليه وفيه وجه آخر تقع طلقتان لأن هذا استثناء صحيح فلا يلغى وهذا أصح لأنا لا نلغه بل نكمل الباقي.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصف طلقة إلا نصف طلقة قال أصحابنا: طلقت ثلاثاً لأن قوله طلقتين ونصف كقوله ثلاثاً، وقال القاضي الطبري: العلة فيه إن استثناء النصف لا يجوز ولا يجوز أن يكون راجعاً إلى الكل لأن النصف صار جملة واحدة بحرف العطف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصف إلا واحدة، قال ابن الحداد: طلقت ثلاثاً لأن نصف الثالثة يسوى فيصير واحدة كاملة وقد ضمها إلى اثنتين بواو العطف فصار كقوله: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة فتطلق ثلاثاً ويسقط استثناء الواحدة لرجوعه إلى الواحدة ومن أصحابنا من قال: تطلق تطليقتين [٣٤/ب] لأن واو العطف هاهنا دخلت

فيما لا يستغنى عنه وسراية الطلاق تستقر بعد الاستثناء، فإذا استثنى واحدة من اثنتين ونصف بقيت واحدة ونصف فتحمل اثنتين، ومن أصحابنا من قال في قوله: أنت طالق فطالق إلا طلقة يصح الاستثناء ويقع طلقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق وطالق ثم طالق إلا طلقة وقعت ثلاثاً نص عليه في «الأم» لأنه عاد الاستثناء إلى الذي يليه فيرفع كله فكأنه قال: أنت طالق طلقة إلا طلقة، ومن أصحابنا من قال: طلقت طلقتين ويصح الاستثناء لأنه أوقع ثلاثاً وبقي واحدة وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة ونصفاً فيه ثلاثة أوجه، أحدها: تطلق ثلاثاً لأن الطلقة ونصفاً لا تجوز أن تستثني من نصف طلقة فسقط الاستثناء ويكمل الواقع ثلاثا. والثاني: تطلق طلقتين لأن النصف طلقه الواقعة مع طلقتين صارت ثلاثاً وقد استثنى منها طلقة ونصفاً فبقيت طلقة ونصف قابلت طلقتين. والثالث: تطلق واحدة لأن كمال الواقع يكون بعد الاستثناء منه وقد استثنى طلقه ونصف من طلقتين ونصف فبقيت واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة طلقت طلقة لأن قوله وطلقة عطف على ما نفاه بالاستثناء فلا يبقى إلا طلقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واثنتين فيه وجهان، أحدهما: تطلق ثلاثاً إسقاطاً لجميع الاستثناء كما لو استثنى الثلاث من الثلاث دفعة واحدة. والثاني: تطلق اثنتين إسقاطاً لآخر العددين وإثباتاً للأول لأن الأول صح فيطرح الثاني لاستحالته [٣٥/ أ]، قال القفال: وكذلك الوجهان إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة أو قال: إلا اثنتين وإلا واحدة.

فرع آخر

لو قال: أردت بقولي إلا اثنتين وواحدة إثبات الواحدة لا استثناءها تقع اثنتان وجهاً واحداً، إلا أنه استثنى من الثلاث اثنتين فبقيت واحدة ثم أوقع واحدةً فتقع اثنتان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة يقع ثلاثاً وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع طلقة وهو وجه لأصحابنا لأن استثناء اثنتين جائز وإنما لا يصح استثناء الثالثة وهذا لا يصح لأن العطف يوجب اشتراك العطف مع المعطوف عليه فيصير كأنه استثنى ثلاثاً من ثلاث وقد ذكرنا نظيره.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق خمس طلقات إلا ثلاث طلقات وقعت طلقتان، وقال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»: يقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى ما يملك من الطلقات، فأما ما لم يملكه فلا حكم له فما زاد على الثلاث وجوده وعدمه سواء، فكأنه استثنى الثلاث من الثلاث وذلك لا يصح فوقع الثلاث، وعلى هذا لو قال: أنت طالق خمساً إلا اثنتين وقعت واحدة في قولهما وفي قول عامة أصحابنا يقع ثلاث والأول أصح وهو المنصوص لأن البويطي ذكر هذه المسألة في آخر كتاب الطلاق، فقال: وإذا قال: أنت طالق ستاً إلا أربعاً وقعت اثنتان، وذكر ابن الحداد في مسائله وقال: يقع طلقتان كما حكاه البويطي ووجهه إن عن الثلاث عبارتين، إحداهما: إلا اثنتين، والثانية: الثلاث فإذا قال: خمس إلا اثنتين فكأنه قال: ثلاث وكان الاستثناء مع المستثنى منه بمنزلة الاسم الواحد. [٣٥/ب]

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً، قال ابن الحداد: يقع الثلاث وبه قال زفر لأنه استثنى أربعاً لأنه استثنى أربعاً من الثلاث الأخر دون الذي قبله وذكر في البويطي: يقع ثلاثاً وذكر الكرخي عن أبي يوسف ومحمدٍ: أنهما قالا: إذا قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين يقع طلقتان لأن الاستثناء من كل الجملة وإذا أمكن تصحيح الاستثناء لا يسقط.

فرع آخر

قال القاضي أبو علي الزجاجي: على قياس ما ذكرنا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً إلا واحدة طلقت ثلاثاً، ولو قال أربعاً إلا ثلاثاً إلا واحدة طلقت طلقتان، ولو قال: ثلاثاً إلا أربعاً إلا ثلاثاً طلقت طلقتين، ولو قال: أربعاً إلا واحدة وإلا اثنتين طلقت واحدة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة وقعت طلقتان لأن قوله ثلاثاً إثبات وقوله إلا اثنتين نفي وقوله إلا واحدة إثبات وجملته أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين فيه ثلاثة أوجه، أحدهما: يقع ثلاث تطليقات ويبطل الاستثناء الأول والثاني لأن الأول يرفع الكل فيسقط وإذا سقط الأول سقط الثاني لأنه متعلق به وهذا اختيار ابن أبي هريرة، والثاني: إن الاستثناء الأول يسقط ويصح الثاني فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين يقع طلقة واحدة، والثالث: يصح الاستثناء الأول والثاني لأن الاستثناء الأول إنما يسقط إذا وقع السكت عليه، فإذا

قال إلا ثلاثاً إلا اثنتين فكأنه استثنى واحدة لأن الثلاث إلا اثنتين عبارة [٣٦/أ] على الواحد فيكون قد استثنى من الثلاثة الأولى واحداً فيقع طلقتان أو يقول يستعمل الخطاب كله فأثبت ثلاثاً ونفى ثلاثاً ثم أثبت من الثلاث المنفي طلقتين فيكون طلقتان.

فرع آخر

لو قدم الاستثناء فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً طلقت ثلاثاً وسقط الاستثناء لأنه يعود إلى ما تقدمه ولا يصح أن يعود إلى ما تعقبه، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا: يصح هذا الاستثناء لأن التقديم فيه لغة العرب، قال الفرزدق يمدح هشام بن إبراهيم خال هشام بن عبد الملك[١]:

وما مثله في الناس إلا مملكاً أبو أمه حيٌّ يقاربه

وتقديره وما مثله في الناس حيٌّ يقاربه إلا ملكاً أبو أمه أبو الممدوح.

فرع آخر

الاستثناء يصح بجميع الحروف المستعملة فيه وهي إلا وغير وسوى وعدا وحاشى وخلا فإن قال ثلاثاً خلاً واحدة أو حاشى واحدة طلقت اثنتين وفي غير يستعمل الإعراب بضم الراء منها تارة ويفتح أخرى فإن قال: ثلاثاً غير واحدة بالفتح كان استثناء، ولو قال غير واحدة بضم الراء قال أهل العلم بالعربية: تطلق ثلاثاً لأنه بالضم يصير نعتاً ولا يكون استثناءً وتقديره أنت طالق ثلاثاً ليست واحدة ولا نص عن أصحابنا فإن كان المطلّق من أهل العربية الذي يستعمل الإعراب في كلامه فالجواب ما قالوه، وإن كان من غيرهم كان على وجهين: على ما قدمنا من أمثاله.

مسألةٌ: قالَ[٢]: «ولو قالَ: كلَّما ولدْتِ ولَداً فأنتِ طالقٌ واحدةً فولدتْ ثلاثةً في بطنٍ طلقتْ بالأولِ واحدةً».

الفصل

[٣٦/ب] إذا قال لها: كلما ولدت ولداً فأنت طالق واحدة فولدت ثلاثاً في بطن طلقت بالأول واحدة، بالثاني أخرى وإن انقضت عدتها بالثالث ولا يقع الطلاق بالولد الذي تنقضي به العدة لأنها تبين به، ألا ترى أنه إذا قال: إن متُ فأنت طالق فماتت لا يقع الطلاق لأنها تبينُ بالموت، فإن راجعها حين وضعت ولدين فولدت الثالثة وهي زوجته وقعت الثالثة، وحكي عن ابن خيران عن الشافعي أنه قال في «الإملاء»: إذا ولدت الثالث طلقت الثالثة واستقبلت العدة وهكذا حكى ابن الحداد في مسائله عن الإملاء وقال: فيه قولان وهكذا ذكر القفال قال: ويخرج على هذا أنه إذا قال للرجعية: أنت طالق مع انقضاء عدتك هل يقع؟ فيه قولان وقال أيضاً: هذان القولان

---

(١) البيت من الطويل، وهو للفرزدق في لسان العرب (١٠/ ٤٩٢)، ومعاهد التنصيص (١/ ٤٣)، وليس في ديوانه، وبلا نسبة في المخصص (١/ ١٤٦، ٣٢٩ ـ ٢/ ٣٩٣).

(٢) انظر الأم (٤/ ٨٢).

مبنيان على أن الرجعية إذا طلقت في حال العدة هل تستأنف العدة أو تبنى؟ قولان فإن قلنا: تبنى وافق ولادتها للولد الثالث انقضاء العدة فلا تقع الثالثة، وإن قلنا: تستأنف حصل ولادتها للولد الثالث بين عدة بمضي وعده تستأنف فلم يقع في غير عدةٍ فلا يلغى.

وقال بعض أصحابنا ليست المسألة على قولين ولا يصح ما ذكروا عن الإملاء فإن صح فتأويله: أنه راجعها بعد الطلقتين ثم ولدت والمسألة على قول واحد إذا لم يراجعها على ما ذكرنا، ولو ولدت أربعاً طلقت ثلاثاً وانقضت عدتها بالرابع بلا خلاف، ولو ولدت ولدين وقعت طلقة بالأول وتقضي عدتها بالثاني ولا يقع عليها بالثاني طلاق على القول الصحيح، وإن ولدت ولداً واحداً وقعت طلقة ويلزمها أن تعتد بثلاثة أقراءٍ بعده وهذا إذا كان بين الولد الثاني والثالث أقل من ستة أشهرٍ فإن كان بينهما ستة أشهرٍ [٣٧/أ] فأكثر كان الثالث حملاً حادثاً لا يلحقه نسبه وتكون العدة قد انقضت بالولد الثاني ولا يقع عليها إلا طلقة واحدة ولا يقع عليها بالثاني والثالث شيءٌ وعلى هذا لو كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهرٍ طلقت بالأول وحده طلقة وتنقضي عدتها قبل وضع الثاني والثالث لأنهما من حملٍ مستأنف ولحوقهما به كمن وضعت بعد انقضاء عدتها، وقال في «الحاوي»[1] هكذا ذكره أبو حامد ولا يصح هذا عندي لأنه لا يمتنع أن يطأها في العدة قبل انقضاء القرء الثالث فتعلق وتكون باقية في عدتها إلى وضعه فتقضي به العدة فلا وجه لما قاله بل نقول: ينظر في الثاني والثالث فإن كان بينهما أكثر من ستة أشهرٍ انقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به وكان لاحقاً بالزوج وصار الثالث مولوداً بعد انقضاء العدة فيكون لحوقه على ما يذكر في المولود بعد انقضاء العدة، وإن كان بين الثاني والثالث أقل من ستة أشهرٍ فهما من حمل واحد، فعلى هذا تطلق بالثاني ثانية ولا تنقضي به العدة لبقاء الحملِ وتنقضي عدتها بالثالث ولا تطلق به ويلحقان بالزوج كالأول، ولو ولدت ولدين وقعت طلقة سواء كان بينهما ستة أشهر أو أقل.

فرع

لو ولدت ولدين معاً من غير سبق لكونهما في مشيمةٍ تطلق بيهما طلقتين وعليها الاعتداد بثلاثة أقراءٍ، ولو ولدت ثلاثة أولاد معاً طلقت بهم ثلاثاً ويلزمها الاعتداد بالأقراء لأنه وجدت الصفات كما لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالقٌ، وإن كلمت عمراً فأنت طالق، وإن كلمت خالداً فأنت طالق فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثاً.

فرع آخر

لو ولدت أربعة واحداً منفرداً والثلاثة مجتمعين معاً طلقت بالأول واحدة وانقضت

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٥٤).

عدتها بالثلاث ولم تطلق بواحدٍ [٣٧/ ب] منهم لاجتماعهم في انقضاء العدة فيجري عليهم إذا اجتمعوا في الطلاق حكم الافتراق وفي العدة حكم الواحد فإنها لو وضعت أربعة لمرة طلقت ثلاثاً والفرق أنه يجوز أن يقترن عدد الطلاق ولا يجوز أن تقترن العدة والطلاق.

فرع آخر

لو قال: إذا ولدتِ مني فأنت طالقٌ فولدت وقالت: هو من زنا وصدقها الزوج طلقت ولا يقبل ذلك ما لم ينفه باللعان.

فرع آخر

لو قال لها: إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد وقعت طلقة بالولد الأول ولا يتكرر لأن إذا لا تقتضي التكرار.

فرع آخر

لو قال لها: إذا ولدت ذكراً فأنت طالق طلقةً، وإذا ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين نظر فإن ولدت أولاً ذكراً ثم أنثى وقعت طلقة وبانت بالأنثى، وإن ولدت أولاً أنثى وقعت طلقتان وبانت بالذكر، وإن ولدتهما معاً وقعت ثلاث تطليقات، وإن أشكل وقعت طلقة والورع أن يدعها لئلا يكون الطلاق ثلاثاً.

فرع آخر

لو ولدت خنثى طلقت واحدةً في الحال، ثم إن بان أنثى تبين أنه وقعت أخرى.

فرع آخر

لو ولدت ذكراً وانثيين في هذه الصورة نظر فإن كان الأول هو الذكر ثم ولدت الأنثيين طلقت بالأول طلقة وبالأنثى طلقتين وتنقضي العدة بالثالث، وإن ولدت انثيين ثم الذكر وقعت طلقتان بالأولى ولا يقع بالثانية شيء وتنقضي العدة بالذكر لأنه لا تقتضي التكرار، وإن ولدت أنثى ثم ولدت ذكراً ثم ولدت أنثى وقعت ثلاث تطليقات وهكذا إذا ولدت أنثى وذكرين، وإن أشكل طلقت طلقتين والاحتياط ثلاثاً.

فرع آخر

لو قال لها: إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقةً وإن كان في بطنك أنثى [٣٨/ أ] فأنت طالق طلقتين فولدت ذكراً وأنثى طلقت ثلاثاً، ولو قال: وإن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقة فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق لأن الصفة لم توجد.

فرع آخر

لو قال: إن كان حملك ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن كان حملك أنثى فأنت طالق طلقتين فولدت ذكراً وأنثى لم تطلق لأن حملها لم يكن ذكراً ولا أنثى بل كان ذكراً وأنثى.

فرع آخر

إذا ولدت ما في بطنك فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد لم تطلق إلا بهم جميعاً ثم تعتد بثلاثة أقراء.

فرع آخر

لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، وإن ولدت غلاماً فأنت طالق فولدت غلاماً طلقت طلقتين لأنه قد وجدت الصفتان صفة الغلام وصفة الولد.

فرع آخر

لو قال لمملوكته: إذا ولدت ولداً فهو حرٌ وامرأتي طالق فولدته نظر، فإن كان حياً عتق وطلقت، وإن كان ميتاً طلقت ولم يعتق لأن الميت لا يعتق.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال لها: إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق طلقة، وإن ولدت جارية فأنت طالق طلقة، فإن ولدت غلاماً تبينا أنه وقع عليها طلقة من القول وانقضت عدتها بوضعه، وإن ولدت جارية وقع عليها تطلقةً بولادتها واعتدت بالأقراء، وإن ولدت غلاماً وجاريةً فإن كان الغلام أولاً تبينا أنها طلقت طلقةً، وإذا ولدت الجارية انقضت عدتها بوضعها ولم يقع بولادتها شيء لأنها تبين بولادتها، وإن ولدت الجارية أولاً تقع طليقتان لأن بولادة الجارية يقع عليها طلقة وبولادة الغلام نتبيَّن إنها طلقت من حين الإيقاع وتنقضي بولادته العدة.

فرع آخر [٣٨/ب]

قال ابن الحداد: لو قال: إن كان أول ولدٍ تلدينه غلاماً فأنت طالق واحدة، وإن كان جارية فأنت طالق ثلاثاً فولدت غلاماً وجارية، فإن كان الغلام أولاً وقعت واحدة وانقضت العدة بوضع الجارية ولم يقع بها شيء، وإن ولدت الجارية أولاً وقعت ثلاث وانقضت العدة بوضع الغلام، وإن أشكل الأول منهما وقع اليقين، ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت طالق ثلاثاً يعني من هذا الحمل فإن ولدت غلاماً وجارية وقعت طلقة وانقضت العدة بولادة الجارية ولم يقع بولادها شيء، وإن ولدت واحداً فإن كان غلاماً وقعت طلقة لأن اسم الأول يقع عليه، وإن كانت جارية لم يقع شيء لأن اسم الآخر لا يقع عليها ذكره ابن الحداد، وقال القاضي الطبري: ينبغي أن يقال في الغلام مثله لأنه إذا لم يقع عليه اسم الآخر إلا بعد الأول لا يقع أيضاً اسم الأول إلا لما بعده آخر.

فرع آخر

ذكره في «الحاوي»[١] لو قال: يا حفصة إن كان أول ما تلدين ذكراً فعمرة طالق،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٥٧).

وإن كان انثى فأنت طالق فولدت ذكراً وأنثى فإن كان الذكر أولاً تطلق عمرة وحدها، وإن كانت الأنثى أولاً تطلق هي بعدها، وإن ولدتهما معاً لا تطلق واحدة منهما لأنه ليس في الولدين أول، ولو ولدت واحداً بعد آخر وأشكل هل تقدم الذكر أو الأنثى طلقت إحداهما لا بعينها، ويكون كالطلاق الواقع على إحدى زوجتيه وقد أشكلت.

فرع آخر

لو كان له أربع نسوةٍ فقال: كل ما ولدت واحدةٌ منكن فصواحباتُها طوالق فولدت جميعاً فإن ولدن في حالةٍ واحدة تطلق كل واحدة ثلاثاً بولادة كل واحدة منهن وتعتد كل واحدة بالأقراء، وإن ولدن واحدة بعد واحدة قال ابن الحداد [٣٩/أ] والقفال وجماعة: تطلق الأولى ثلاثاً وتنقضي عدتها بالأقراء، والثانية تطلق واحدة وتنقضي عدتها بالولادة، والثالثة تطلق طلقتين وتنقضي عدتها بالولادة، والرابعة تطلق ثلاثاً وتنقضي عدتها بالولادة لأن الأولى لما ولدت طلقت كل واحدة من الثلاث طلقة واحدة ولم تطلق هي لأن ولادة كل واحدة صفة في وقوع الطلاق على غيرها لا عليها فلمّا ولدت الثانية بانت بولادتها لوقوع الأولى عليها وطلقت بها الأولى واحدة وطلقت بها الثالثة طلقة ثانية وطلقت بها الرابعة طلقة ثانية، فإذا ولدت الثالثة طلقت بها الأولى ثانية ولم تطلق بها الثانية لانقضاء عدتها بالولادة وطلقت بها الرابعة طلقة، وهذه الثالثة تنقضي عدتها بالولادة بعد وقوع طلقتين عليها، فإذا ولدت الرابعة طلقت بها الأولى طلقة ثالثة ولم تطلق الثانية والثالثة لانقضاء عدتها وانقضت عدتها بالولادة.

وقال ابن القاضي في «التخليص»: واختاره القاضي الطبري وجماعة من المتأخرين: لا يقع على الأولى طلاق وتطلق كل واحدة من الثلاث تطليقة لأن الأولى لما ولدت لم يقع عليها ووقع على كل واحدة من الثلاث تطليقة تطليقة فإذا ولدت الثانية انقضت عدتها ولم تطلق غيرها لأنها بالبينونة خرجت من أن تكون صاحبة لهن، والشرط أن تكون صاحبةً حالة الوقوع وهي بعد الولادة إلا أن تكون صاحبةً حالة الولادة وخرجنّ ببقائهن في العدة أن يكون صواحب لها فلم يوجد شرط الطلاق فيهن فلم يطلقن، وكذلك الثالثة والرابعة تنقضي عدتهما ولم يطلق بهما غيرهما، وقال صاحب «الحاوي»(١): لا يصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن يرجع إلى إرادة الزوج بقوله هذا [٣٩/ب] فإن أراد به الشرط فالجواب على ما قاله ابن القاضي، وإن أراد به التعريف فالجواب على ما قاله ابن الحداد، وإن لم يكن له إرادة أوقات الرجوع إلى إرادته بالموت كان محمولاً على التعريف دون الشرط لأن الشروط عقود ولا تثبت بالاحتمال.

فرع آخر

لو ولدت اثنين معاً ثم اثنين معاً في هذه الصورة التي ذكرناها فعلى قول ابن الحداد

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٥٤).

كل واحدة من الأولتين تطلق ثلاثاً ثلاثاً وتنقضي عدتهما بالأقراء وتطلق كل واحدة من الأخريين تطليقتين وتنقضي عدتهما بالولادة لأن الأولتين إذا ولدتا طلقت كل واحدة منهما تطليقة بولادة صاحبتها وطلقت كل واحدة من الأخريين تطليقتين بولادة كل واحدة من الأولتين، فإذا ولدت كل واحدة من الأخرتين لم تطلق واحدة بولادة صاحبتها لانقضاء عدتها بولادتها وطلقت كل واحدة من الأولتين تطليقتين بولادة الأخريين فاستكمل طلاق الأولتين ثلاثاً ووقع على الأخريين طلقتان وعلى قول ابن القاضي تطلق كل واحدة من الأولتين واحدة واحدة بولادة صاحبتها وكل واحدة من الأخريين تطلق تطليقتين بولادة الأولتين، ولا تطلق الأولتان بولادة الأخريين لأنهما قد خرجتا بانقضاء العدة والولادة من أن تكونا صاحبتين للأولتين.

فرع آخر

لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق فالجواب بإجماع أصحابنا على ما قال ابن الحداد في قوله: فصواحباتها طوالق لأن قوله فسائركن منصرف إلى غير التي ولدت لأن ذلك مشتق من السؤر وهو ما بقي بعد الشرب فكأنه قال: فالباقيات طوالق.

فرع آخر

لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق يدخل [٤٠/أ] الوالدة فإذا ولدت كلهن واحدةً بعد واحدةٍ طلقت الأولى ثلاثاً طلقة بولادة نفسها وطلقتان بولادة الأخريين وعليها العدة لأن الطلاق الثلاث لحقها بعد ولادتها وتطلق الثانية طلقة بولادة الأولى وتنقضي عدتها بولادة نفسها، وتطلق الثالثة طلقة بولادة الأولى وطلقة بولادة الثانية وتنقضي عدتها بولادة نفسها وتطلق الرابعة ثلاث تطليقات وتنقضي عدتها بولادتها وفي هذه الصورة لا خلاف بين ابن الحداد وابن القاضي.

فرع آخر

لو ولدن كلهن في وقت واحد في هذه الصورة طلقت كل واحدة ثلاثاً بولادة نفسها وبولادة اثنتين من الباقيات لا بأعيانهما وعلى جميعهن العدة لأن الطلاق وقع عليهن بعد الولادة ولو ولدت اثنتان منهن معاً ثم ولدت الآخرتان في وقت واحد معاً طلقت كل واحدة من الأولتين ثلاثاً طلقة بولادة نفسها وطلقة بولادة صاحبتها وطلقة بولادة واحدة من الأخريين لا بعينها وعليها العدة وتطلق الآخرتان تطليقتين وتنقضي عدتهما بولادتهما.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال: كلما ولدت واحدة منكن فصواحباتها طوالق ثم طلقهن طلقة طلقة ثم ولدن، فإن ولدن دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهن بولادة الأخرى لأن عددهن تنقضي بولادتهن فلا يقع الطلاق مع البينونة، وإن ولدت واحدة بعد واحدة بانت الأولى بولادتها ووقع على الباقيات طلقة ثانية، وإذا ولدت الثانية بانت ووقع على

الثالثة ثالثة وعلى الرابعة ثالثة وبانتا فإذا ولدتا انقضت عدتهما ولم يقع بولادتهما شيءٌ، وعلى قول ابن القاضي تبين كل واحدة بولادتها ولا يقع على الباقيات شيء [٤٠/ب] لأنهن بالبينونة خرجن من أن يكن صواحباتها.

فرع آخر

إذا قال: إذا دخلت بك فأنت طالق ولا نية له فقبلها أو لمسها بشهوة أو وطئها دون الفرج طلقت وفيه وجه آخر لا تطلق إلا بالجماع في الفرج.

مسألةٌ: قالَ[(١)]: «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللّهُ لم يقعْ».

إذا قال: أنت طالق إن شاء اللّه لم يقع الطلاق، وكذلك لو قال: لعبده أنت حُر إن شاء اللّه لا يعتق وجملته إن الاستثناء يدخل في الطلاق والعتاق والأيمان والنذور والأقارير فيحل ذلك ويرفعه، وفي الطلاق لا فرق بين أن يكون مباشرة كقوله: أنت طالق أو معلقاً بصفة كقوله أنت طالق إذا طلعت الشمس إن شاء اللّه أو يكون يميناً كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء اللّه فكل هذا واحد لا يقع الطلاق، ونصّ في الأقارير أنه لو قال: علي ألف إن شاء اللّه لا يكون إقراراً، وقال: لا فصل بين أن تعلق بمشيئة اللّه تعالى بما يحبه اللّه ولا يكرهه أو بالضد من هذا لأن الأشياء كلها بمشيئة اللّه تعالى فلا يعلم أنه قد شاءه حتى يكون، وبه قال طاوس والحكم بن عتيبة ومجاهد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه، وقال الزهري ومالك والليث: لا يدخل الاستثناء في الطلاق والعتاق والإقرار وإنما يدخل في الأيمان باللّه خاصة.

وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: ترتفع بمشيئة اللّه حكم جميع الأيمان باللّه وبالطلاق وبالعتق ولا يرتفع به وقوع الناجز من الطلاق والعتق والنذر والإقرار، وقال أحمد: لا يرتفع به حكم النذر والعتق والإقرار ويرتفع به حكم غيرها، وحكي عن أحمد [٤١/أ] أنه قال: لا يرتفع الطلاق خاصةً لأنه وصل إيقاعه بما يرفعه في الحال وفي ثاني الحال فلم يصح كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وهذا غلط لأنه وقع جميع ما أوقع من حيث أثبته فلا يجوز وهاهنا علق بالمشيئة ولا يعلم حصولها على ما بينا والصحيح عن أحمد ما ذكرنا أولاً، وحكاه القفال عن مالك وهو غلط عليه وحجته أن اللّه تعالى شاء العتق والنذر وندب إليه وكره الطلاق فإن النبي ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى اللّه تعالى الطلاق»[(٢)]. والدليل على بطلان هذا المذهب ما ذكرنا، وقد روي أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين ثم قال في أثرها إن شاء اللّه لم يحنث فيما حلف عليه»[(٣)]. وقد روى عطاءٌ عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء اللّه أو لغلامه أنت حر إن شاء اللّه أو عليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء

(١) انظر الأم (٤/ ٨٢).
(٢) أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٤٥٣).
(٣) أخرجه الترمذي (١٥٣٢)، والنسائي (٣٨٥٥)، وابن ماجه (٢١٠٤)، وابن حبان (٤٣٢٦).

عليه»[1]. وروى المقدام بن معدي كرب أن النبي ﷺ قال: «الاستثناء في الطلاق والعتاق جائز» ولأن الطلاق وإن كان مكروهاً فإذا وقع وقع بمشيئة الله تعالى ولا يصير الشيء موجوداً إلا بمشيئة الله تعالى. وقد روي أن يهودياً سأل رسول الله ﷺ عن المشيئة فقال: «المشيئة لله» فقال: إني إن أشاء أقعد فقال: «شاء الله أن تقعد» فقال: إني إن أشاء أن أقوم فقال: شاء الله أن تقوم فقال: إني إن أشاء أقطع هذه النخلة فقال: شاء الله أن تقطعها»، فنزل جبريل وقال: [٤١/ب] لقنت الحجة[2]. وفي ذلك نزل قوله تعالى ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر:٥] الآية».

فرع

اختلف أصحابنا في قوله: إن شاء الله هاهنا هل يكون ذلك استثناءً يمنع من انعقاد ذلك كله؟ أو يكون شرطاً تعلق به فلم يثبت حكمه لعدمه على وجهين: **أحدهما**: وهو ظاهر المذهب أنه استثناء يمنع من انعقاده فلا يثبت له حكم ولا عقد. وقال أبو اسحاق المروزي هو شرط فلم يلزم لعدمه، وإن كانت منعقدة ذكره قي «الحاوي»[3].

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الله، أو إن شاء الله أنت طالق لا طلاق عندنا، وهكذا لو قال: أنت طالق بمشيئة فلان، أو إذا شاء الله أو متى شاء الله.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله لم يقع الطلاق لأنه لا فرق بين أن يعلق على وجود مشيئته وبين أن يعلق على عدم مشيئته.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما لم يشأ الله لا يقع أيضاً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف وقع الطلاق، وكذلك لو قال: إذ شاء الله لأن تقديره أنت طالق لأن الله شاء.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا إن يشاء الله فالمذهب أنه يقع الطلاق لأنه جعل المشيئة مخلصاً له من الحنث، وإذا جهل المخلص من الحنث وقع الحنث كما لو قال: أنت

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٢٣)، وابن عدي في «الكامل» (١/ ٣٣٢)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ١٥٤).

(٢) أخرجه البيهقي في «الأسماء والصفات» (ص١٤٤).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٥٨).

طالق إلا أن يشاء زيد فلم تعلم مشيئته وقع الطلاق وفيه وجه آخر أنه لا يقع الطلاق لأنه علق الطلاق بعدم المشيئة أن لا تطلق فإذا لم يعلم ذلك لم يقع الطلاق.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما شاء الله قال بعض أصحابنا: يقع الطلاق لأن حقيقة ما شاء الله لما مضى من المشيئة وتقع واحدة لأنا لا نعلم مشيئته لأكثر من ذلك.

فرع آخر

لو قال: [٤٢/أ] أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، أو قال: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله فالذي يقتضيه المذهب أنه لايقع طلاقه ويرجع الاستثناء إلى الكلام كله، وكذلك لو قال: أنت طالق وطالق إن شاء الله وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يرجع إلى الثاني ويقع الأول وهذا غلط لأن الاستثناء اتصل بالكلام من غير قطع فأشبه إذا قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله.

فرع آخر

لو قال: أنتما طالقان إن شاء الله كان الاستثناء راجعاً إليهما، ولو قال: حفصة طالق وعمرة طالق وإن شاء الله فإن أراد بالاستثناء عمرة الأخيرة طلقت حفصة، وإن لم تطلق عمرة وإن أرادهما لم يطلقا، وإن أطلق كان الاستثناء راجعاً إليهما لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة. وقال أبو حنيفة: يرجع إلى أقرب المذكور فتطلق حفصة دون عمرة، وقال بعض أصحابنا ولو قال: أردت بالاستثناء حفصة الأولىٰ دون الثانية حمل على إرادته وطلقت عمرة الأخيرة دون حفصة الأولىٰ وعند أبي حنيفة يرجع إلى الثاني ويقع الأول.

فرع آخر

قال الشافع: في «الأم» في الأيمان: إذا قال: إن شاء الله لا يقع الطلاق إذا أراد الاستثناء، فأما إن كان قصده إن شاء الله كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣ ـ ٢٤]. أو كان مشتهراً بقوله إن شاء الله فسبق على لسانه لم يكن الاستثناء. وقال أصحابنا: لو لم يعرف تفسير قوله إن شاء الله يقع الطلاق أيضاً لأنه لم يرد به الاستثناء.

فرع آخر

قال أبو بكر الفارسي من أصحابنا: إن لم يكن من عزمه هذا الاستثناء ولكنه لما فرغ من [٤٢/ب] أنت طالق ندم فتدارك بقوله: إن شاء الله حكمنا في الظاهر بأنه استثنى إذ لا يعرف باطن الحال ولكن فيما بينه وبين الله تعالى واقع والاستثناء غير عاملٍ قال: وكذلك لو لم ينو في الابتداء الاستثناء بقوله: إلا اثنتين ثم بدا له من بعد فاستثنى عقيبه يقع الطلاق وادعى في هذا اجماع الأمة واختاره القفال وغيره ولم يذكره أصحابنا بالعراق وقياس المذهب أنه يصح الاستثناء، وإن لم يكن على هذا الوجه لأن

الكلام واحدٌ وآخره منوط بأوله ليظهر بأخره حكم أوله وقيل وجهان، أحدهما: تعتبر نيته في أوله، والثاني: يكفي أن ينوي قبل الفراغ منه فإن لم ينوه حتى فرغ من الكلام ثم بدا له يقع وجهاً واحداً وعليه عامة أصحابنا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الله وشئت فقالت: شئت لم تطلق لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء فلان فما دام فلان قادراً على المشيئة لم تطلق فلو مات حكمنا بأنها طلقت قبيل عجز فلان عن المشيئة وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لوقال: أنت طالق إن شاء زيد فشاء وهو عاقل يقع وإن كان زائل العقل فإن كان بجنون أو إغماء فقال: شئت لم يقع، وإن كان بسكر يقع لثبوت الأحكام بأقواله ويحتمل وجهاً آخر أنها لا تطلق لأن سكره يوجب تغليط الحكم على نفسه لا على غيره.

فرع آخر

لو مات زيد أو غاب أو خرس لم يقع لأنه لا تعلم مشيئته لأن المشيئة إنما تعلم من جهة النطق لا من جهة الإشارة هكذا نص الشافعي رحمة الله عليه، قال أصحابنا: إذا خرس فيه وجهان، أحدهما: هذا لأن تعليق الطلاق بمشيئته تعلق بقوله: شئت لأنه إذا قال ذلك وقع الطلاق شاء أو لم يشأ فإذا خرس فقد تعذر ذلك [٤٣/أ] ولأن المشيئة وقت الطلاق كانت نطقاً فلم تثبت بالإشارة وعلى هذا لو كان أخرس وقت التعليق فشاء بالاشارة طلقت، والثاني: يقع الطلاق بإشارته وأراد الشافعي رحمة الله تعالى عليه الأخرس الذي لا يحسن الإشارة وهذا لأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه مع العجز في وقت البيان فلا اعتبار بما تقدمه ألا ترىٰ أنه لو كان أخرس وقت الطلاق ناطقاً عند البيان لم تصح مشيئته إلا بالنطق، وإن صحت منه وقت الطلاق بالإشارة.

فرع آخر

لو اختلفا فقالت: قد شاء وأنكر الزوج فالقول قوله.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شاء الحمار فهذا من الشروط المستحيلة لأنه لا مشيئة للحمار فجرى مجرى قوله أنت طالق إن صعدت السماء وفيه وجهان

فرع آخر

لو اختلفا فقال الزوج: كنت مغلوب العقل بالنوم أو الإغماء وعرف ذلك وقالت

المرأة تجاننت أو تناومت أو تغاشيت فالقول قوله لأنه أعرف بنفسه.

فرع آخر

لو قال: طلقتك في حال الجنون وقالت: بل طلقتني بعد الإفاقة فإن أنكرت أن يكون قد جن قط فالقول قولها مع يمينها لأنه على أصل الصحة، وإن أقرت بأنه كان مجنوناً في وقت فيه وجهان، أحدهما: القول قوله ولا طلاق لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: القول قولها ويقع الطلاق لأن الأصل الإفاقة.

باب طلاق المريض

مسألة: قال[1]: «وطلاقُ المريضِ والصحيحِ سواءٌ».

المريض إذا طلق امرأته نفذ طلاقه لأن المرض لا يزيل التكليف ثم ينظر فإن كان رجعياً لم يؤثر في المهر ولأن الرجعية في معنى الزوجة فأيهما مات ورثه الآخر سواء كان المرض مخوفاً أو لم يكن، فإن انقضت عدتها [٤٣/ب] انقطع الميراث ولا يجعل فاراً من ميراثها إذلو أراد الفرار لأَبانها، وإن كان بايناً مثل أن طلقها ثلاثاً أو طلقها الطلقة التي بقيت له عليها فإن بانت لم يرثها قولاً واحداً، وإن ماتت نص في الرجعة والعدد والإملاء على مسائل مالك على قولين، أحدهما: ترثه وهو قول مالك وأبي حنيفة وعامة أهل العلم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وربيعة والليث والأوزاعي والثوري وأحمد.

والثاني: لا ترثه وهو الأقيس والصحيح وبه قال ابن الزبير وعبد الرحمن بن عوف وهو اختيار المزني وأبي ثور رواه ابن اللبان عن علي رضي الله عنهم، واحتجوا بما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرض موته فورثها عثمان[2] رضي الله عنه ولأن التهمة لحقته في قطع إرثها فغلظ عليه توريثها كالقائل حرم المراث للتهمة وهذا غلط لأن سبب الإرث هنا النكاح فالإرث بالنكاح ولا نكاح بحال كالإرث بالنسب ولا نسب بحال. وأما ما ذكره من الإرث لا حجة فيه لأن عبد الرحمن خالفه حين قصد قطع حقها بالطلاق، وقال: ما فررت من كتاب الله تعالى يعني أنه أباح الطلاق. وقال ابن الزبير: ورث عثمان تماضر ولو كنت أنا ما ورثتها[3]، وقال ابن أبي مليكة سألت عبد الله بن الزبير عن رجل يطلق امرأته في مرضه فيبتها فقال: أما عثمان فورثها وأما أنا فلا أرى أن أورثها ببينونة إياها ولأنه روي أنها سألت الطلاق وعندهم لا ترث وأما التهمة فلا تصح لأنها موجودة إذا طلقها قبل الدخول ولا ترث.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٢٤)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٨٦).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٢٥).

فرع

إذا قلنا: ترثه فيه ثلاثة أقاويل: **أحدها**: ترثه مادامت في العدة فإذا انقضت لم ترث، وبه قال أبو حنيفة [٤٤/أ] والأوزاعي والليث وأحمد في رواية وهذا لأنه إذا لم تكن في عدة لم يبق النكاح ولا علقه من علقه فلا معنى للميراث، وقال عمر رضي الله عنه: ترثه في العدة ولا يرثها. وروي في حديث تماضر أن عبد الرحمن بن عوف مات وهي في عدتها، وروي أبو سلمة بن عبد الرحمن أنه ورثها عثمان بعد انقضاء عدتها. **والثاني**: أنها ترث ما لم تتزوج وبه قال أحمد في رواية وابن أبي ليلى وقد روي عن أبيّ بن كعب أنه قال: والذي يطلق وهو مريض لا يزال مورثها حتى يبرأ أو تتزوج[١] ولأنها لم تتزوج فالتهمة لاحقه بالزوج، فإذا تزوجت تبينا أنها رضيت بذلك وخرج هو عن التهمة. **والثالث**: أنها ترث أبداً وبه قال مالك وربيعة لأن الفرقة هي السبب القاطع للميراث فإذا لم ينقطع بها الإرث لم ينقطع فيما بعد فعلى هذا القول والذي قبله لو كان الطلاق قبل الدخول بها ورثت وعلى القول الثالث يتصور أن ترث المرأة من زوجين وثلاثة وعلى القولين الأولين لا ترث إلا من زوج واحد.

فرع آخر[٢]

لو طلق في مرضه أربع زوجات له وتزوج بأربع سواهن صح النكاح، فإن قلنا: إن المطلقات يرثن قال الماسرجسي: فيه وجهان، أحدهما: يكون الربع أو الثمن بين جميع المطلقات والزوجات يشتركن فيه وهو الصحيح لأن كل واحدة منهن ترث بالإنفراد، فإذا اجتمعن ورثن كالأربع، والثاني: أنه للأربع الأوائل المطلقات دون المتزوجات لأن حقهن أسبق، وقال أبو حامد: فيه ثلاثة أوجه وقيل ثلاثة أقاويل. والثالث: أنه للمتزوجات دون المبتوتات لأن ميراثهن بالنص والشرع منع توريث الزيادة على الأربع وهذا اختيار القفال وهذا ضعيف [٤٤/ب] لأن الشرع منع نكاح الزيادة على الأربع فأما إرث المطلقات فقد ثبت بإجماع الصحابة فلا يسقط نكاح غيرهن ولو يرد الشرع بمنع الزيادة على الأربع من الميراث.

فرع آخر

لو أقر في مرضه أنه طلقها ثلاثاً في صحته ومات من ذلك المرض لم ترثه على القولين لأن المريض إذا أقر بما فعله في حال الصحة كان بمنزلة ما فعله في حال صحته. ألا ترى أنه لو أقر في مرضه أنه وهبه في صحته وأقبضه كان من رأس المال؟ ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أيضاً كما لو طلقها في مرضه لأن التهمة موجودة والأول أصح نص عليه في «الأم»[٣] وبه قال أبو اسحاق وهو قول أبو حنيفة وهو كما

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٣٠). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٠).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

لو أقر أنه أعتق في الصحة كان من رأس المال.

فرع آخر

قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقر في مرضه أنه كان طلقها في الصحة ثم أوصى لها ومات فإن لها أقل الأمرين من الوصية أو الميراث لأنه متهم إذا كانت الوصية أكثر وكان أخرجها من الميراث لتصح الوصية لها، وإذا كان الميراث أكثر فلا تهمة وهي وصية لغير وارث.

قال القفال: وينبغي أن يكون مذهبنا هكذا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأقيس أن لها الوصية بالغةً ما بلغت إذا خرجت من الثلث وهو اختيار شيخنا ناصر وبه قال أبو يوسف ومحمد.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن شئت فشاءت وقع الطلاق ولا ترثه قولاً واحداً وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: لأنه غير متهم في طلاقها لقطع ميراثها، وقال ابن أبي هريرة من أصحابنا: ترث وبه قال مالك وأحمد في رواية. وهكذا الخلاف لو سألته الطلاق فأجابها إليه أو خالعها واحتجوا بأن ميراثها ثبت بقصة [٤٥/أ] عبد الرحمن وامرأته سألته الطلاق وهذا غلط لأنه لم يطلقها عبد الرحمن بن عوف عقيب سؤالها. وقد روي أنها سألته الطلاق فقال: إذا حصنت ثم طهرت فأذنيني فلما طهرت طلقها[1]، وإذا تأخر لم يكن جواباً بل كان طلاقاً مبتدأً ولأن تماضر أخذت المال صلحاً لا إرثاً ولو سألته أن يطلقها طلقةً فطلقها ثلاثاً فإنها ترثه لأنها لم تسأله طلاقاً يقطع ميراثها في الحال.

فرع آخر

لو علق طلاقها بصفة نظر فإن كانت صفة لها منها بدٌ كقوله إن مشيت أو خرجت من الدار أو إن صليت التطوع أو إن صمت التطوع ونحو هذا لم ترثِ قولاً واحداً. وإن كانت صفة لا بد لها منه مثل قوله إن قمت أو قعدت أو أكلت أو شربت أو كانت صفة تحرم عليها تركها كقوله: إن صليت الفرض، أو إن صمت الفرض فهو على القولين لأن عليها ضرراً في ترك هذه الأشياء شرعاً وطبعاً.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[2]: لو علق طلاقها بما لا بدّ لها من الأكل والشرب على ما ذكرنا ففعلته قبل وقت الحاجة فيه وجهان، أحدهما: يجري عليها حكم الإختيار اعتباراً

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٢٠٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠١٢٩)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٨٨).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٦٦).

بوقت الفعل لأنها تجد بداً من تقديمه قبل الحاجة. والثاني: يجري عليها حكم عدم الإختيار اعتباراً بحال الفعل لأنها لا تجد بداً من فعله.

فرع آخر(١)

لو قال: إن كلمت أبويك فأنت طالق ثلاثاً فكلمتهما ترث لأن ترك كلامهما معصية ذكره أصحابنا، ولو قال: إن خرجت إلى منزل أبيك أو إلى منزل ابنك فأنت طالق فخرجت إلى منزل واحد منهما طلقت ولا ترث لأنه لا حاجة بها إلى ذلك ولا يجوز لها أن تخرج إلى منزلهما من غير إذن الزوج، ولو علق طلاقها بكلام غيرهما من الأقارب [٤٥/ب] فكلمت طلقت ولم ترث، وقال الحسن بن زياد: وإن كلمت ذا محرمٍ ورثت كالأبوين.

فرع آخر

لو قال في صحته: إن كلمت زيداً فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم مرض فدخل الدار وكلم زيداً ترث لأنه متهم بإيقاع الفعل في مرض موته.

فرع آخر

لو قال في صحته: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض ومات ترثه على هذا القول، وكذلك لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق ثلاثاً فلم يطلقها حتى مات طلقت قبل وفاته بلحظة ورثت لأنه كان يمكنه أن يختار في أن لا يقع عليها الطلاق الثلاث فلما ترك ذلك كان متهماً.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في آخر أجزاء صحتي المتصل بأول أسباب موتي طلقت فيه ولم ترث وإن كان متهماً لأنه طلاق في الصحة فلم يجز أن ترث ذكره في «الحاوي»(٢).

فرع آخر

لو قال في صحته: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إذا قدم زيدٌ فأنت طالق ثلاثاً فحصلت الصفة وهو مريض وقع الطلاق ولم ترثه قولاً واحداً. وقال القفال: فيه قولان، أحدهما: أنها كالمبتوته في المرض. والثاني: أنها كالمبتوتة في الصحة اعتباراً بحالة التعليق وهي حالة الصحة. وفي القول الأول اعتباراً بحالة الوقوع وهما كالقولين فيمن علق عتق عبده بمثل هذه الصفة فوجدت في المرض هل يعتبر العتق من الثلث أو من رأس المال قولان. وأبو حنيفة ناقض هاهنا فجعل العتق من الثلث اعتباراً بحالة الوقوع ولم يورث هذه المبتوته اعتباراً بوقت التعليق. وقال مالك وزفر: ترث لأن الطلاق وقع عليها في مرضه وهذا غلط لأنه لا يتهم به في قطع ميراثها فلم ترث. [٤٦/أ]

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٠).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٠).

فرع آخر

لو قال: في صحته أنت طالق قبل موتي بشهر وغاب بعد شهر من قوله طلقت قبل موته بشهر فإن كان وقوع الطلاق عليها لم ترثه لأنه طلاق في الصحة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: ترث لأن التهمة موجودة وكلام القفال يدل عليه وهو غريب، وإن كان مريضاً فالصحيح أنها لا ترثه لأنه عقد طلاق يجوز أن يكون وقوعه في الصحة. ومن أصحابنا من قال: ترثه لأنه لما قيده بزمان الموت ضار منهما بالتعرض له وهو الأقيس.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثلاثاً ثم برأ من مرضه ثم مات لم ترثه قولاً واحداً خلافاً لزفر، ولو طلق امرأته الأمة أو الذميَّة ثلاثاً في مرضه ثم عتقت أو أسلمت ثم مات لم ترثه قولاً واحداً لأنها طلقها في حالة ليس بينهما توارث، وكذلك لو كان هو عبداً ثم عتق.

فرع آخر

لو اختلفت هي وورثة الزوج فقالت: طلق بعد عتقي وإسلامي وقالوا: طلق قبل العتق والإسلام فالقول قول الورثة لأن الأصل أن لا ميراث.

فرع آخر

لو اختلفت الحرة وورثة الزوج فقالت: طلقني في مرضه فلي الميراث وقال: الورثة طلقك في الصحة فلا ميراث فالقول قولها ولها الميراث لأن الأصل فيها استحقاق الميراث وشككنا في تقدم الطلاق.

فرع آخر(١)

لو قال: للذمية في مرضه إن أسلمت فأنت طالق فأسلمت ورثت لتهمته.

فرع آخر

لو قال: لها السيد إن طلقك الزوج غداً فأنت اليوم حرة فطلقها الزوج غداً ثلاثاً في مرضه لم ترث قولاً واحداً سواء علم الزوج بذلك أم لا لأن العتق لا يقع إلا بالطلاق.

فرع آخر

لو قال سيد الأمة [٤٦/ب] أنت حرة غداً وقال زوجها وهو مريض: أنت طالق ثلاثاً بعد غدٍ طلقت بعد غدٍ ثلاثاً، وهل ترث؟ ينظر فإن كان الزوج جاهلاً بعتق السيد لم ترثه قولاً واحداً، وإن كان عالماً فعلى القولين.

فرع آخر

لو طلقها طلقة رجعية ثم أعتقها سيدها ومات زوجها نظر فإن كان قبل انقضاء العدة

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٦٩).

ورثته لأن الرجعية في معنى الزوجات، وإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثه لأنه غير متهم في ذلك الطلاق.

فرع آخر[١]

لو قال: في مرضه إذا عتقتِ فأنت طالق ثلاثاً فعتقت ترث على هذا القول. ولو قال ذلك وهو صحيحٌ لم ترث بلا خلاف.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثم أرتدت ثم أسلمت ثم مات لم ترثه قولاً واحداً نص عليه[٢] لأنه أخرجت نفسها عن الميراث بالردة.

فرع آخر

لو طلقها في مرضه ثم ارتد هو ثم عاد إلى الإسلام لم ترثه لأنه حدث حالة لو مات فيها لم ترثه ولفظ الشافعي عندي[٣] أنها لا ترث في هذه المسألة.

فرع آخر

لو كان مريضاً فارتد ومات لم ترثه لأنه لا يقصد بالردة الفرقة.

فرع آخر

لو انفسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب الخمسة فيه وجهان، أحدهما: أنها في حكم الطلاق. والثاني: لا ترثه قولاً واحداً لأنه بسبب من جهتها.

فرع آخر

لو قذفها في حال صحته ثم لاعنها في مرضه لا ترثه نص عليه الشافعي[٤] رضي الله عنه. وقال القفال: بمفهومه أن القذف واللعان لو كانا في المرض ترثه في أحد القولين، وقال غيره من أصحابنا: لا فرق بين أن يكون القذف في المرض أو الصحة لأنه [٤٧/أ] مضطر إلى ذلك لإسقاط الحد عن نفسه ونفي النسب، وقيل فيه ثلاثة أوجه، أحدهما: ترثه كالطلاق وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف. والثاني: لا ترثه لأنه لا يتهم به للحوق العار في لعانه. والثالث: ينظر فإن لاعنها في المرض عن قذف في صحته لم ترثه، وإن كان عن قذف في المرض ورثته لأن تقدم القذف في الصحة يزيل التهمة وبه قال محمد.

فرع آخر

إذا قلنا: ترث لا تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، وقال أبو حنيفة: تنتقل لأنها ترث من زوجها كالرجعية وهذا غلط لأن باينة بالطلاق فعدتها عدة الطلاق،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٨).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٣٨).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).

وتخالف الرجعية لأنها لو لم ترث منه بإن كانت أمة رجعية تنتقل إلى عدة الوفاة بموته بخلاف هذه.

فرع آخر

لو كان مريضاً فقال: إن بريتُ من مرضي فأنت طالق فبرأ ثم مات طلقت ولا ترث قولاً واحداً.

فرع آخر

إذا طلقها في مرضه المخوف ثم قتل قبل أن يصح منه ورثته في أصح القولين لأن المرض اتصل بالموت فهو كما لو مات منه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق قبل موتي قال ابن الحداد: وقع الطلاق في الحال لأن ذلك قبل موته كما لو قال: أنت طالق في كل سنةٍ وقع في الحال طلقة لأنه في السنة. ولو قال: أنت طالق قبيل موتي لم يقع في الحال بل يقع في الجزء الذي قبيل الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وهو كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان وقع عقيب اليمين. وإذا قال قبيل رمضان وقع في آخر جزء من شعبان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق مع موتي لم يقع الطلاق لأن تلك الحالة حالة البينونة. ولو قال: لعبده أنت حر [٤٧/ب] مع موتي عتق لأنه يصح أن يقول: أنت حر بعد موتي، ولا يجوز أن يقول: أنت طالق بعد موتي. ثم اعلم أن المزني احتج بقول الشافعي: الناس إنما يرثون من حيث يورثون وهو في احتجاجه على أبي حنيفة حيث قال: في ولدٍ تداعاه رجالٌ يلحق بهم ثم يرث هذا المولود من كل واحدٍ منهم كمال ميراثه ولا يرث منه كل واحدٍ منهم إلا بعض الميراث، فقال: يجب أن يستووا في الميراث لأن الناس إنما يرثون من حيث يورثون. فقال المزني: لما اجمعنا هاهنا أنه لا يرثها فكذلك هي وجب أن لا ترثه لهذا الذي ذكره الشافعي وأصحابنا أجابوا عن هذا بأنه قد يوجد الإرث مع أحد الجانبين دون الآخر، ألا ترى ابن العم يرث ابنة العم ولا ترث منه والجد مع ابنة ابنته، وإن الأخ مع عمته كذلك فيبطل الدليل.

باب الشك في الطلاق

مسألةٌ(١): قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللهِ تعالى عليهِ: لما قالَ رسولُ اللهِ ﷺ: «إن الشيطانَ يأتي أحدَكُم فينفخُ بينَ إليتيه فلا ينصرفْ حتَّى يسمَع صوتاً أو يجدَ ريحاً» علمنا أنهُ لم يُزل تيقنُ طهارتِهِ إلا بتيّقُنِ حَدَثِهِ، كذلكَ مِنِ استيقنَ نكاحَها ثمَّ شكَّ في الطلاقِ لمْ يزُلِ اليقينُ إلّا بِيقينٍ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٤ ـ ٨٥).

إذا شك هل طلق امرأته أم لا؟ فهما على الزوجية لأن الأصل الزوجيه فهو شك طرأ على يقين فيسقط الشك وهما على الزوجية والورع أن يحنث نفسه، فإن كان في اعتقاده أنه متى طلق طلق واحدة جعلها رجعية وراجعها واعتقد أنها على اثنتين فلا يضره ما فعل، وإن كان في اعتقاده أنه متى [٤٨/أ] طلق طلق ثلاثاً الزم نفسه ثلاثاً بأن يوقع الطلاق عليها لتحل لغيره بلا شبهةٍ ولا يقول: الزمت نفسي الثلاث لأنه ربما لا يكون قد طلق فيبيح زوجته للغير بل يبتدي ويوقع الطلاق احتياطاً، وقال شريك بن عبد الله: إذا شك في الطلاق طلق واحدة ثم راجعها حتى تصح الرجعة يقيناً وهذا غلط لأن لفظ الرجعة ممكن مع الشك في الطلاق فلا يحتاج يقين الطلاق، وإذا وقع الطلاق ثم شك في عدده بني علي اليقين فإن تيقن الواحدة وشك في الثانية جعلها واحدة، وإن تيقن طلقتين وشك في الثالثة فهما طلقتان والورع أن يجعل الطلاق في الزيادة وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعه، وقال مالك وأبو يوسف: يلزمه الأكثر احتياطاً وهذا غلط لأن كل مالو وقع الشك في أصله بني على اليقين فإذا أوقع في عدده بني على اليقين كما في الصلاة. وحكي عن مالك أنه قال: إذا ألزمه الأكثر لا تحل له إلا بعد زوج فإذا تزوجها ثانية بعد زوج ثان وطلقها واحدة طلقت ثلاثاً لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول اثنتين فبقيت معه على واحدة، فإذا تزوجها ثالثة بعد زوج ثان وطلقها واحدة طلقت ثلاثاً لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول واحدة ويسمى طلاق الدولابي[١].

مسألة: قالَ[٢]: ولوْ قالَ: حَنثتُ بالطلاقِ أو بالعتقِ وَقَفَ عنْ نسائِهِ.

الفصل

إذا حنث بالعتق أو بالطلاق ولا يبدي ذلك بأن قال: إن كان هذا الطير غراباً فنسائي طوالق وإن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار فطار الطير قبل أن يعلم ماهو. أو قال: إن كان هذا المقبل زيداً فنسائي طوالق [٤٨/ب] وإن لم يكن زيدٌ فعبيدي أحرار فغاب الشخص قبل أن يعرف وقع الحنث في أحد الملكين قطعاً ولكنا نجهل عينه فنأمره بالتوقف عن وطء النساء وعن التصرف في العبيد كما لو طلق واحدة منهن ثلاثاً وأشكل يوقف عن وطء الكل لأنه قد تحقق الحنث كذلك هاهنا فإذا توقف كلفناه البيان عن الطائر لأنه قد شاهده ونأخذه بنفقتهم جميعاً فإن الامتناع من قبله حتى يتبين ولا يقرع بينهما في حياته فإن بيانه أقوى من القرعة، فإن تبين فقال: كان غراباً طلق النساء ونظر في العبيد، فإن ادعوا أنه حنث فيهم دون النساء فالقول قوله فإن حلف رقوا، وإن نكل عن اليمين حلفوا، وعتقوا فتطلق النساء بإقرار ويعتق العبيد بنكوله ورد اليمين، وإن صدقوه على الرق، وإن قال: كان غير غرابٍ عتق العبيد وينظر في النساء فإن صدقنه فهن على

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ٨٥).

الزوجية، وإن أنكرن وقلن كان غراباً فالقول قوله فإن حلف سقط دعواهن ويكون اليمين على البت وإن نكل وحلفن طلقن وعتق العبيد بإقراره وطلقت الزوجات بيمينهن ونكوله فإن قيل: أليس قلتم: إذا أنكح الوليان امرأةً فأقرت لأحدهما بأنه السابق وادعى الأخر عليها هل تحلف قولان فما الفرق؟ قيل لأن السيد هاهنا لو أقر للعبيد عتقوا وأقر للنساء طلقن فكان لغرض اليمين فأيده وهو أن تقبل رجوعه عن إقراره الأول وهناك لو أقرت للثاني ثانياً لا يقبل إقرارها فلم يكن لغرض اليمين عليها فائدة.

وإن لم يتبين لا يخلو إما أن يقول: لا أبين أو يقول: لست أعلم نظر، فإن قال: لا أتبين حبساه حتى يبين وإن قال: لست أعلم نظر فإن صدقه النساء والعبيد توقف حتى ينكشف الأمر وإن ادعوا [٤٩/أ] علمه فادعى عليه أحد الفريقين فالقول قوله فيحلف أنه لا يعلم أيش كان الطائر ولا يحبس ويوقف عن الملكين حتى يتبين أمره أو يموت، فإن نكل عن اليمين ردت عليهم وحبس لهم ورجع إلى بيانهم إن كان عندهم علم كما يجوز رد اليمين عليهم إذا نكل عن اليمين لهم ثم إن اتفق الفريقان على أن الحنث كان بعتق العبيد حلفوا دون النساء وعتقوا بأيمانهم ولم تحل النساء للشك في طلاقهن، وإن اختلف الفريقان فأدعى النساء الحنث بطلاقهن وادعى العبيد الحنث بالعتق حلف كل واحدٍ من الفريقين على ما ادعاه وطلق النساء بأيمانهم وعتق العبيد بأيمانهم، وإن كان مع بعضهم بينة بما كان الطائر أقامها وحكمنا بها، وقال القفال: إذا قال: لا أعلم يجعل امتناعه من الإقرار للعبيد إذا كانت الدعوىٰ منهم مثلاً إنكاراً ثم تعرض اليمين فيجعل سكوته وإعادته قول لا أدري نكولاً فيحلفون ويعتقون ثم النساء يدعين حكم عليه هكذا بإنكارٍ ثم بنكول فيحلفن ويطلقن وهذا حسنٌ ولكن ظاهر المذهب ما تقدم.

فرع

لو قال: كنت أعلم ولكني نسيت فأنظروني حتى أتذكر نظر.

فرع آخر

لو ادعى عليه أحد الفريقين فأنكر يكون ذلك إقراراً منه للآخرين وهذا لا إشكال فيه.

فرع آخر

لو عين في النساء وأكذبه العبيد حلف لهم، فإن نكل عن اليمين قد بينا أنه يرد اليمين عليهم فلو لم يسألوا أحلافه هل يحلفه الحاكم عنهم أم لا؟ وجهان، أحدهما: يحلفه لأن في عتقهم حقاً لله تعالى. والثاني: لا يحلّفه لأن قولهم في تصديقه مقبول بغير يمين، ولو روعي حق الله تعالى لحلف وإن صدقوه.

فرع آخر

إذا أراد السيد في زمانه الوقف أن يستخدم العبيد وينفق عليهم وأراد العبيد أن يكتسبوا لأنفسهم وينفقوا من كسبهم [٤٩/ب] فيه وجهان: **أحدهما**: القول قول السيد

تغليباً لسابق الملك. **والثاني**: القول قولهم تغليباً لحكم التحريم وهكذا لو كان بدل العبيد إماءً.

فرع آخر

لو مات قبل أن يتبين فهل يرجع إلى بيان الورثة؟ ظاهر المذهب أنه لا يرجع لأن الشافعي قضى هاهنا بالقرعة فلو كان البيان مرجواً من الورثة لما قضي به كما في حياته، ولأن ذلك يتضمن إسقاط الورثه بأن بينوا الطلاق في النساء وبعض الورثة لا يسقطون البعض، ولهذا لا يجوز للورثة أن يلاعنوا على نفي النسب الذي أنكره المورث، وقيل: فيه وجهان وقيل قولان، وقال القفال: فيه طريقان أحدهما: قول واحدٌ وهو الصحيح لما ذكرنا. والثاني: فيه قولان كما لو طلق إحدى امرأتيه لا بعينها فمات قبل البيان هل يرجع إلى الوارث؟ قولان:

أحدهما: ما ذكرنا. **والثاني**: يرجع إليهم لأنهم قائمون مقامه في حقوقه وجميع أموره، فإذا قلنا: لا يرجع إليهم أو لم يكن له وارث أو كان ولو يعلم أقرعنا بينهم فإن خرجت القرعة على الطلاق لم يعمل في الطلاق لأن القرعة لا مدخل لها في الطلاق وإنما أقرعنا بينهما للعتاق، فإذا كان كذلك تعين الزوجات على الزوجيه بالشك ويرثن لأنه لم يحكم بطلاقهن. قال الشافعي: والأولى أن يدعن ميراثهن، قال القفال: وهل تعاد القرعة؟ وجهان والمذهب أنه لا يعاد، وإن خرجت أولاً القرعة على العبيد عتقوا والنساء على أصل الزوجية لا بالقرعة، وهل يرثنه أم لا؟ ينظر فإن كن ادعين علمه بأن الطير كان غراباً لم يرثن لأنهن اعترفن بأنهن [٥٠/أ] طلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن لم يكن منهن دعوى ورثن والورع أن لا يرثن كيلا يكون الحنث فيهن فإن كان بعضهن ادعين ذلك دون البعض ورث من لم يدع ذلك دون من ادعاه، وقال أبو ثور: إذا وقعت القرعة على النساء يطلقن كما يعتق العبيد بها وهذا غلط لأنه لو طلق واحدةً من نسائه لا بعينها لم يقرع بينهن بخلاف ما لو أعتق واحداً من عبيده لا بعينه وهذا لأن العتق محله الملك، وفي الملك تدخل القرعة ولا تدخل القرعة في النكاح فكذلك في الطلاق الذي محله فيه فإن قيل: كيف تصح القرعة؟ في شيئين، أحدهما: لا مدخل لها فيه قلنا: لا يمتنع مثل ذلك كما يقبل شاهد وامرأتان في السرقة التي يجب فيها القطع فيغرّم بها، وإن كان لا يقطع بها كذلك هاهنا تدخل القرعة فتعمل في الرق والحرية، وإن كان لا مدخل لها في الطلاق.

فرع آخر

إذا خرجت القرعة على النساء فلم يطلقن هل يزول بهذه القرعة الشك عن رق العبيد أم لا؟ ظاهر المذهب أنه زال ذلك عنهم لأن القرعة إن لم تعمل في طلاق الزوجات عملت في نفي الحرية عن العبيد، ومن أصحابنا من قال: الشك بحاله في رق العبيد لأن القرعة إذا لم تعمل فيها خرجت عليه لم يعمل في غيره فيكون العبيد على أصل

الملك بالشك ويجوز بيعهم ويكون مع ذلك مشكوك في لعانه وهو اختيار القاضي الطبري، وقال ابن أبي هريرة: هل يتصرف في العبيد على أصل الملك أو يتصرف فيهم وهو شاك في ملكهم وجهان، وفائدة الوجهين، أنا إذا قلنا: يتعين على أصل الملك فله بيعهم ولا يكره له ذلك [٥٠/ب] وإذا قلنا: يبقى على الإشكال يكره له بيعهم ونقول لهم: الورع أن لا تبيعوهم فإن باعوهم صح البيع وكذلك يكره لهم الاستمتاع إن كنّ إماءً ولا نحرمه لأن الرق مشكوك فيه فإن قيل: أليس منعتم المورث من التصرف لأجل الشك؟ فهلا منعتم الوارث من التصرف آنفاً؟ قلنا: الفرق في حق المورث تيقنا الحنث في أحد ملكيه، إما النساء، وإما العبيد فأوقفنا عنهما، وأما الورثة إنما يملكون العبيد دون النساء فلم نتيقن الحنث في حقهم وهذا كما لو قال رجل: إن كان هذا الطائر غراباً فنساؤه طوالق وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار ولم يعلم لا يوقف على واحدٍ منهما ملكه لأنه لا يتيقن الحنث في حقه.

فرع آخر(١)

لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً فنسائي طوالق، وإن كان حماماً فعبيدي أحرار ولم يعلم ذلك لم يحنث هاهنا لجواز أن يكون غير غراب وغير حمام وهو من جملة الشك في الطلاق والعتاق.

فرع آخر(٢)

لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما: إن كان هذا غراباً فامرأتي طالق وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق فطار ولم يعلم قد ذكرنا أنه لا يحكم على واحد منهما بالطلاق لأن الأصل لكل واحد منهما بقاء النكاح وهذا كما أنه يجوز أن يجتهد في إناءين أحدهما نجس ويتوضأ كل واحدٍ منهما ويصلي يجوز، ولا يجوز أن يتوضأ بهما رجل واحد.

فرع آخر

لو قال: هذا في اليمين بحرِّية عبدين بأن قال أحدهما: إن كان غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر، وطار الطائر لم يعتق عبد واحد منهما لأن كل واحدٍ منهما شاك في وقوع الحرية على عبده، فإن بادل كل واحدٍ منهما عبده بعبد صاحبه صح الملك ونظر [٥١/أ] فإن لم يكن أحدهما كذب صاحبه لم يعتق عليه، وإن قال: كل واحدٍ منهما لصاحبه بل كان ما قلت وخالفه عتق على كل واحدٍ منهما ما يملكه بإقراره السابق، وإن لم يتبادلا ولكن اشترى أحدهما عبد صاحبه، قال صاحب «الإفصاح»: يحتمل أن يقال: يقف عنهما لأن فيهما حراً لا محالة ولم يذكر القفال غيره ويحتمل أن يقال: له بيعهما لأن بيع كل واحد منهما كان جائزاً فلا يحرم بالشك.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٨). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٧٨).

وقال أبو حامد: عتق ما اشتراه لأنه لما أمسك عبد نفسه كان ذلك إقراراً بأن عبد صاحبه هو الذي عتق فإذا صار الحق له بعد ذلك عتق، كما لو قال: عبد فلان حر ثم ملك وفي هذا نظر لأنه يحتمل أنه في إمساك عبده على الرق خاطئاً وإنه هر الحر.

فرع آخر

لو كان له امرأتان فقال: إن كان هذا حماماً فزينب طالق، وإن لم يكن حماماً فعمرة طالق وخفى الأمر فإنه يحال بينه وبينهما حتى يتبين. ولو قال: إن كان حماماً فزينب طالق، وإن كان غراباً فعمرة طالق وخفى الأمر لا يلزمه شيء لأنه يحتمل أنه كان غير الحمام والغراب.

مسألة: قالَ[1]: ولو قالَ: إحداكُما طالقٌ ثلاثاً مُنعَ منهُمَا.

الفصل

إذا طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم أشكلت مثل أن يرىٰ إحدى امرأتيه منطلقة فقال لها أنت طالق وأشكلت وأنكرت كل واحدة منهما أن تكون هي المنطلقة أو عينها ثم نسي، أو قال: إحداكما طالق وهو يريد إحداهما بعينها ثم نسي أو لم ينس يكون إقراراً وإخباراً عن التي طلقها وليس بتعين طلاق بالإختيار والشهوة ثم إذا بين لا يخلو إما أن يبين قولاً أو فعلاً فإن بين قولاً فقال: هذه التي طلقتها طلقت هذه والثانية زوجته، وإن بين بالفعل بأن وطئ إحداهما لم يكن ذلك دليلاً [٥١/ب] على أنها الزوجة والأخرى المطلقة والفرق بين البيان بالقول وبين البيان بالفعل لا يقبل هو أن الناس أجمعوا على أنه لو وطئهما جميعاً لم تطلق كل واحدة منهما، ولو قال بلسانه: طلقت هذه لا بل هذه طلقتا جميعاً فدل الفرق.

فرع آخر

لو بين بالقول وقال: هذه التي لم أطلقها فهذه زوجته والأخرى مطلقة.

فرع آخر

لو قال: هذه التي طلقتها لا بل هذه طلقتا معاً لأنه أقر بطلاق واحدة ورجع عنها فأقر بطلاق الأخرى وقبل ما أقربه ثانياً ولم يقبل رجوعه عن طلاق الأولى.

فرع آخر

لو كانت الزوجات ثلاثاً فقال: طلقت هذه لا بل هذه طلقن جميعاً.

فرع آخر

لو قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وأبهم الطلاق في الثانية والثالثة فنكلفه البيان.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٥).

فرع آخر

قال ابن سريج: ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه فقد أبهم الطلاق في الأولى والثانية وطلق الثالثة لأن معنى قوله: وهذه أي: وطلقت هذه.

وقال أبو حامد: ظاهر هذا الكلام غير ما قال أبهم الطلاق بين الأولى وبين الثانية والثالثة لأن قوله: وهذه معناه طلقت هذه أو هاتين فكأنه شك في تطليق الأولى أو تطليق الثانية والثالثة وهذا أولى لأن على قول ابن سريج يحتاج أن يضمر وهذه طلقتها وعلى هذا التقدير لا يحتاج إلى إضمار شيء.

فرع آخر

لو كن أربعاً فقال: طلقت هذه أو هذه فقد أبهم الطلاق في الأولى وفي الثانية وفي الثالثة وفي الرابعة فنكلفه البيان.

فرع آخر

لو قال: هذه وهذه أو هذه وهذه ولم يقل: لا بل قلنا: حصل الطلاق في الأوليين أو الأخريين فإن بيّن بعده إحدى الأولتين طلقتا دون الأخرتين، وإن بيّن إحدى الأخرتين طلقتا [٥٢/أ] دون الأولتين.

فرع آخر

لو قال: هذه أو هذه وهذه أو هذه قلنا: يحتمل أنه تبين إحدى الأولتين وإحدى الأخرتين فعليه أن يبين واحدة من الأولتين وواحدة من الأخرتين ويحتمل أنه جعلهن أقساماً الأولى قسم والثانية مع الثالثة قسم والرابعة قسم فإن بين الأولى أو الرابعة لم تطلق غير التي بين وأن بين إحدى الوسطتين طلقتا معاً ذكره القفال.

فرع آخر

قال القفال: لو قال: هذه أو هذه وهذه فكن ثلاثاً وأشار إلى ثلاث من جملة الأربع احتمل أنه أراد الأولى وحدها أو الأخرتين وحدهما فيقال: له بين ماذا أردت ويحتمل أنه أراد الأخيرة بكل حال مع إحدى الأولتين فيقال له: بين إحدى الأولتين.

فرع آخر

إذا وطئ إحداهما لا يكون دليلاً على أنها الزوجة على ما ذكرنا ثم نقول له: عليك البيان قولاً فإن بين في التي وطئها فلا كلام لأنه وطئ زوجته، وإن تبين في الأخرى فالزوجيه في الأخرى والمطلقة موطوءة بشبهةٍ فلها مهر مثلها، وقال القفال: فإن كان الطلاق ثلاثاً جددناه إن لم يدع الشبهة ويوجب المهر بكونها معذورة بالجهل.

فرع آخر

إذا بيّن كان الطلاق من وقت الإيقاع دون البيان، والعدة من وقت الإيقاع بلا خلاف بين أصحابنا بالعراق لأن البيان هاهنا إخبار عن طلاق وقع ويعين ولهذا لا نقول له:

في الأول بين المطلقة بل نقول عين المطلقة. وقال القفال: فيه قولان، أحدهما: وهو الأظهر هذا. والثاني: إنه من يوم البيان ثم قال: وهذا لا يصح وإنما يخرج من قول الشافعي في النكاح الفاسد إذا فرق فيه بين الزوجين هل تكون العدة من أخر الوطء أو من يوم التفريق؟ قولان والفرق ظاهر وهو أن هناك كان يستفرشها على حكم الزوجية، وإن لم يطأها زماناً وهاهنا قد خلينا بينهما فلم يكن مستفرشاً لها. [٥٢/ب].

فرع آخر

إذا بين الطلاق في إحداهما فللأخرىٰ عليه اليمين إن إدعت أن الطلاق كان لها، فإن نكل حلفت وطلقت أيضاً.

فرع آخر

لو أرسل الطلاق ولم يعين واحدةً منهما مثل أن يقول: إحداكما طالق ولم يقصد بقلبه إحديهما بعينها فإنا نكلفه البيان ونطالبه ونشدد عليه هاهنا أكثر لأنه موكول إلى اختياره وشهوته ونعذره إن امتنع حتى لا تكون غير امرأته محبوسةً بسببه ويلزمه نفقتها فإن قال: عيّنت في هذه طلقت وكانت الأخرى زوجةً ولا يسمع دعوى الأخرى عليه لأنه اختيار شهوةٍ.

وقال مالك: يقع الطلاق عليهما لأن إرسال الطلاق عليهما يجعل لكل واحدة منهما فيه خطأ. قال: ولو قال: إحداكما طالق ثلاثاً طلقتا ثلاثاً ثلاثاً وهذا غلط لأنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلا يقع على اثنتين كما لو عين واحدةً.

وقال داود: لا طلاق على واحدة منهما كما لو قال: لأحد هذين الرجلين علي درهم لا يلزم شيءٌ وهذا غلط لأنه اجتمع الحظر والإباحة وأمكن تميزهما فوجب التمييز.

فرع آخر

لو قال: في هذه المسألة عيّنت في هذه لا بل هذه لم تطلق الأخرى لأنه ألحق الطلاق بواحدة منهما فإذا عينه في إحداهما فقد اختار وقوعه عليها ولا يصح الرجوع فيه فلم يكن لقوله: لا بل هذه معنى وليس كذلك إذا كانت معينة وأشكلت فإن قوله: هذه إخبار عن المطلقة، فإذا قال: لا بل هذه كان رجوعاً عن الإقرار الأول إلى الثاني فيلزمهما كما لو قال: لفلان علي درهم لا بل دينار يلزمه الدرهم والدينار. وقال في «الحاوي»[1]: فيه وجهان: أحدهما: هذا. والثاني: تطلقان معاً كما في المسألة قبلها وهذا على القول الذي يقول: البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق باللفظ دون [٥٣/أ] التعيين والوجه الأول على القول الذي يقول: لا يقع باللفظ بل بالتعيين وهذا غريب.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٨٢).

فرع آخر

لو قال عند التعيين: هذه وهذه أو هذه وهذه وهن أربع فالطلاق يحصل في الأول لما ذكرنا ولو قال: هذه أو هذه قلنا: ما زدتنا بياناً، وإذا قال: هذه أو هذه وهذه وكن ثلاثاً قلنا: تعين في إحدى الأولتين وخرجت الثالثة عن أن تعين فيها فيقال له: عين في إحدى الأولتين.

فرع آخر

قال الشافعي(١): لو قال هاهنا: هذه ثم قال: أخطأت بل هذه طلقتا معاً ومعناه أنه إذا قال: بل هذه يكون منه استئناف طلاقها فيطلقان معاً.

فرع آخر

لو وطيء واحدة منهما هل يكون اختياراً لها وطلاقاً للأخرى؟ قال المزني وأبو إسحاق وعامة أصحابنا وبه قال أبو حنيفة: يكون طلاقاً للأخرى واختياراً لهذه كما لو وطئ البائع الجارية المبيعة في مدة الخيار كان اختياراً لفسخ البيع وهذا لأنه اختار شهوته والظن بالمسلم أنه لا يترك زوجته ويطأ أجنبية مطلقة محرمة، وقال بعض أصحابنا: لا يكون اختياراً لها لأن الطلاق لا يقع إلا بالقول كما في القسم الأول، وحكاه أبو حامد عن ابن أبي هريرة ولا يصح عنه وإنما الصحيح عنه القول الأول. وقال القفال: فيه قولان وهو غريب وظاهرُ مذهب الشافعي الثاني لأن الشافعي قال: منع من وطئها، فلو كان الوطء اختياراً لم يمنع. وقال أحمد: الوطء لا يكون تعييناً ولا القول و إنما يعين بالقرعة، وروي ذلك عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن الطلاق وقع على إحداهما فليس له تعيينه بإختياره كما لو وقع على واحدة منهما بعينها ثم نسي. وحكي عن أحمد القرعة في هذا الأصل أيضاً وهذا غلط لأن الزوج يملك إيقاع الطلاق وتعيينه [٥٣/ب] ابتداءً فإذا أوقعه ولم يعينه كان له تعينه لأنه استيفاء ما يملكه.

ويخالف الأصل الذي قاسوا عليه لأنه استوفى هناك في ملكه من الطلاق والتعيين فليس له الرفع من واحدة إلى غيرها.

فرع آخر

إذا قلنا: الوطء يكون بياناً قال أبو إسحاق: كان الوطء مباحاً لأنه لا يحرم ما يحصل به البيان وعلى قول غيره يحرم الوطء قبل البيان وهو ظاهر كلام الشافعي على ما ذكرنا وهذا لأن إحداهما مطلقة فيلزمه التوقف عنها حتى يعين الطلاق فيمن شاء منهما.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٥).

فرع آخر

إذا لم يجعل الوطء بياناً أخذ بتعيينه قولاً وهل يلزمه تعيينه في غير الموطوءة أو يكون على خياره في تعيينه في أيهما شاء؟ وجهان، أحدهما: يلزمه تعيينه بالقول في غير الموطوءة ليكون الوطء لزوجته. والثاني: يكون خياره في تعيينه في أيتهما شاء كما كان مخيراً لو لم يطأ.

فرع آخر

إذا قلنا: يكون علىٰ خياره فعينه في الموطوءة تعين فيها وهل يكون الطلاق واقعاً بهذا التعيين أو يكون واقعاً باللفظ المتقدم؟ وجهان قال أبو إسحاق: يقع في وقت التعيين وبه قال أبو حنيفة لأنه يظهر حكمه عنده، وقال ابن أبي هريرة: باللفظ المتقدم والوطئ صادفها وهي غير زوجةٍ غير أنه لا حد عليه بحال وهذا لأن الطلاق قد وقع بدليل أن نأمره بالتوقف عنهما وحرمت عليه إحداهما لا بعينها فكيف يكون الطلاق من حين التعيين ويكون التحريم سابقاً؟ ومن أصحابنا من حكى عن ابن أبي هريرة ما ذكرنا عن أبي إسحاق، وعن أبي إسحاق ما ذكرنا عن ابن أبي هريرة والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا قلنا: الطلاق يقع بالتعيين فالعدة من وقت التعيين، وبه قال أبو حنيفة. وإذا قلنا: الطلاق يقع باللفظ المتقدم ففي العدة وجهان، أحدهما: من وقت التعيين اعتباراً بالتغليظ [٥٤/أ] في الأمرين. والثاني: من وقت الفظ المتقدم، وقال القفال: فيه قولان ولعله أراد تخريجاً لأن النص غير ظاهر على القولين، وقيل: المذهب أن الطلاق باللفظ والعدة من وقت التعيين لأنه لما جعل التعيين إلى اختياره وشهوته كانت كل واحدة منهما على حكم الزوجية حتى يتبين وهو كما يقول في المنكوحة نكاحاً فاسداً إذا فرق القاضي بينهما وجبت العدة من حين التفريق بينهما، وإن كان التحريم سابقاً كذلك هاهنا.

فرع آخر

قال القفال: إذا عين الطلاق في الموطوءة هل يلزمه المهر لها؟ وجهان بناءً على أن الطلاق من وقت الإيقاع أو من حين التعيين وظاهر المذهب أنه يلزمه المهر.

فرع آخر

لو كان نكاح إحداهما فاسداً فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على زوجته ولا يرفع إلى خياره لأنه لا يقع الطلاق إلا عليها، وإن كان معيناً وقال: أردت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه. وكذلك لو اتفقت الزوجتان في الاسم والنسب ونكاح إحداهما فاسد فذكرها باسمها ونسبها اللذين يشتركان فيه وقال: أردت به المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل منه.

وقال أبو حنيفة: إن قال: إحداكما طالق فيلزمه، وإن اشتركا في الاسم والنسب لم

يقبل منه، ووافقنا في العبدين إذا اشتركا في الاسم وشراء أحدهما فاسد وشراء الآخر صحيح، وقال: يا فلان أنت حر وأراد المشترىٰ فاسداً قبل منه فنقيس عليه.

فرع آخر

لو شك في طلاق زوجته فأقام معها وأصابها فماتت وأخذ ميراثها ثم تيقن ذلك الطلاق فيها أخذ منه مهر مثلها للإصابة ورد جميع ما أخذه من ميراثها، ولو مات هو وأخذت ميراثها من تركته ثم أقرت بأنها علمت أنه قد طلقها ثلاثاً ردت الميراث ولا تصدق على أن لها مهراً بالإصابة سواءً ادعت الجهالة [٥٤/ب] بتحريم الأصل أو لم تدعِ ذلك، إذا ادعت أنه غصبها على نفسها أو لا اللهم إلا أن تقر لها الورثة بما ذكرت فترد الميراث ولها مهر مثلها بالإصابة، ولو قال: لا أدري أطلقت نسائي أو واحدة منهن أم لا ثم مات ورثنه معاً ولا يمنعن من ميراثه بالشك في طلاقهن.

فرع آخر

لو قال: إذا جاء غد فأنت طالق أو عبدي حرٌ بعد غدٍ لم تطلق إذا جاء غدٍ لأنه أوقع الطلاق أو العتق بعد غدٍ ولم يعين، فإذا جاء بعد كان الخيار إليه في تعين الطلاق أو العتق.

مسألة(١): قال: «فإن ماتتا أو إحداهما قَبْلَ أن يُقِرُّ وَقَفْنا له من كل واحدةٍ منهما ميراث زوج».

الفصل

إذا ماتت إحداهما فيما ذكرنا من الصورة لم يتعين الطلاق في الأخرى، وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى لأنه لا يجوز أن يطلق بعد موتها وهذا غلط لأنه يملك تعيين الطلاق قبل موتها فكذلك بعد موتها كما لو طلقها بعينها ثم أشكلت، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي رحمة الله تعالى عليه في الميراث إذا حصل الموت قبل البيان ثلاث مسائل **إحداها**: إذا ماتتا فلا فرق بين أن تموتا معاً أو تموت واحدة بعد واحدة فيوقف من تركة كل واحدةٍ منهما ميراث زوج، وقلنا له: بين ثم ينظر فإن كان الطلاق معيناً فالبيان أخبارٌ فإن قال: هذه المطلقة دون هذه نظر فإن صدقه الوارث في هذا ورثها وبانت الثانية، وإن كذبه الوارث وقال: بل طلقت الأخرى فالقول قوله مع يمينه، وإن كان الطلاق مبهماً فمتى عينه في واحدة طلقت وورث الأخرى ولا اعتراض للوارث هاهنا لأن بيانه اختيار شهوةٍ فلا اعتراض لهم عليه لما صح ايقاعه بعد الموت ولا إشكال أنه لا يرث التي عين الطلاق فيها سواء قلنا: الطلاق من وقت الإيقاع أو من [٥٥/أ] وقت البيان لأن من قال: إنه من وقت البيان قال: تستند الفرقة إلى وقت الإيقاع، وإن لم يوجد حقيقته إلا بعد الموت وهذا هو الدليل على ضعف هذا القول

(١) انظر الأم (٤/ ٨٥).

فإن الصحيح أنه قولٌ واحدٌ من وقت الإيقاع، وقال أبو حنيفة: رحمه اللّه: إذا ماتتا بطل التعيين وله نصف ميراث زوج من تركة كل واحدة منهما، وإن ماتت إحداهما تعين الطلاق في الحية على ما ذكرنا.

المسألة الثانية: إذا مات هو أولاً وبقيتا وقفنا من تركته ميراث زوجة ولكنا لا نقسمه بينهما لأن المستحق واحدة منهما، وإن لم يكن له وارث وقف حتى يصطلحا، وإن كان له وارث، وقال: لا أبين فكذلك نقفه حتى يصطلحا، وإن قال وارثه: أنا أبين الزوجة من غيرها هل يرجع في البيان إليه؟ الظاهر أنها على قولين وقيل: وجهان، فإذا قلنا: يرجع إليه قام مقام مورثه وإذا قلنا: لا يرجع إليه وقف حتى يصطلحا واختلف أصحابنا في موضع القولين فقال أبو إسحاق: سواء كان الطلاق معيناً أو مبهماً فالكل على قولين. وقال بعض أصحابنا: القولان إذا كان الطلاق معيناً فإن كان مبهماً فلا بيان للوارث لأنه بيان اختيار وشهوةٍ وهذا أصح، وقال القفال: إذا مات هو وهما حيان فالوارث لا يقوم مقامه قولاً واحداً لأنه لا غرض له في ذلك وإنما القولان إذا ماتتا أو ماتت إحداهما قبله فيكون له في البيان غرض صحيح. ولو قال لعبديه: أحدكما حرٌ ومات قبل التعيين والبيان فهل يقوم الوارث مقامه؟ قولان وإن كانا حيين لأن له غرضاً صحيحاً في تعيين أحد العبدين ما ليس في تعيين إحدى الزوجتين لتفاوت العبدين في القيمة والأغراض.

المسألة الثالثة: إذا ماتت واحدةٌ ثم مات هو ثم ماتت الثانية والمسألة إذا كان الطلاق معيناً ثلاثاً فيرجع إلى الوارث [٥٥/ب] فإن قال: طلق التي ماتت أولاً دون التي بقيت ثم ماتت بعد موته فقد آثر على نفسه لأنه يقول: ما ورثها والدي بل ورثته الثانية، وإن قال: طلق التي ماتت آخراً دون التي ماتت أولاً فقد أقر بأن والده ورث الأولى ولم ترثه الأخرى فإن صدقه الوارث فيما يقول فهو على ما ذكر، وإن لم يصدقه الوارث هل يقبل قوله فيما أخبر؟ قولان منصوصان:

أحدهما: يقبل قوله كما في القسم الأول **والثاني**: لا يقبل وهو الأصح لأنه يريد إحراز المال من الميته الأولى وحرمان الثانية من الميراث فهو متهم فيه. فإذا قلنا: إنه يقبل قوله يحلف على العلم أنه ما طلق الأولى ويحلف على البت أنه طلق الأخرى ويحتاج إلى يمينين لأن اليمين إذا كانت على فعل نفسه كانت على القطع نفياً كانت أو إثباتاً، وإذا كانت على فعل غيره فإن كانت نفياً فهي على العلم، وإن كانت إثباتاً فهي على البت والقطع، فإذا خلف كان لوالده الميراث من الأولى ولا ميراث للثانية من تركته، وإذا قلنا: لا يقبل قوله وقف له من الأولى ميراث زوج ووقف من تركته للثانية ميراث زوجة حتى يصطلحوا وهذا الحكم لو ماتت إحداهما ثم مات الزوج وبقيت الأخرى حيةً ولم تمت على ما ذكرنا حرفاً بحرفٍ.

فرع

لو كان له أربع زوجات فقال: زوجتي طالق وقع على واحدةٍ منهن وكان عليه

البيان، وحكي عن أحمد رحمه اللّه أنه قال: تطلق الأربعة وحكاه أصحابنا عن ابن عباس رضي اللّه عنه واحتجوا بأن لفظ الواحد في الإثبات قد يعبر به عن الجنس قال اللّه تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ﴾ [البقرة: ١٨٧]. وأراد ليالي الصيام وتقول العرب: درهمي لك وعبدي لك ويريدون [٥٦/أ] كل الدراهم والعبيد وهذا غلطٌ لأنه أوقع الطلاق على واحدة فلا يقع على الجماعة كما لو قال: إحدى نسائي طوالق، وأما ما ذكروه لا يصح لا يستعمل ذلك مجازاً والكلام يحمل على الحقيقة مهما أمكن.

باب ما يهدم الزوج من الطلاق

مسألةٌ(١): قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللّهِ تعالى عليهِ: «لمّا كانتْ الطلقةُ الثالثةُ توجبُ التحريمَ كانتْ إصابةُ زوجةِ غيرِهِ توجبُ التحليلَ».

الفصل

إذا طلق امرأته طلقةً أو طلقتين وانقضت عدتها ثم تزوجت بزوج آخر وأصابها ثم طلقها ثم رجعت إلى الزوج الأول بنكاح جديد كانت عنده على ما بقي من الطلاق وبه قال عمر وعلي وأبو هريرة ومالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد وزفر ومحمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تعود إلى الزوج الأول بالطلاق الثلاث وقد هدم الزوج الثاني تلك الطلقة أو الطلقتين كما يهدم الطلاق الثلاث، واحتج الشافعي بأن هذه الإصابة لا تفتقر إليها الإباحة فلا تؤثر في الطلاق كإصابة المولي والوطء بالشبهة وبهذا فرق إذا كان قد طلقها ثلاثاً لأنها تفتقر إلى الإصابة الإباحة فأثرت تلك الإصابة في الطلاق، وقد روي أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من تزوج امرأةً ثم طلقها فتزوجت فطلقها زوجها ثم نكحت الآخر رجعت على ما بقي من الطلاق».

فرع

قال ابن سريج: لو قال: لها متى أمرتك بأمر فخالفتيني فأنت طالق ثم قال: لا تكلمي أباك وأمك فخالفت وكلمتهما لم تطلق لأنها خالفت النهي لا الأمر وقال والدي رحمه اللّه: يحتمل أن يقال: تطلق لأن النهي عن الخروج من ذلك الموضع أمرٌ [٥٦/ب] بضده وهذا أقيس عندي لجريان العادة تسميته أمراً.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال لها: متى نهيتني عن منفعة أمي فأنت طالق فقالت له: لا تعطِ من مالي شيئاً لم يحنث لأنه لا يجوز أن يعطي أمه مالها، وإذا أعطاها لا يجوز أن تنتفع به.

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً وبكراً مع خالدٍ، فإن أراد في بكر مع

---

(١) انظر الأم (٤/٨٦).

خالد اسئناف كلام كان شرط الطلاق كلام زيدٍ وعمرو دون بكر وخالد، فإذا كلمت زيداً وعمراً معاً أو على الانفراد طلقت، وإن كلمت أحدهما لم تطلق، وإن أراد بقوله: وبكراً مع خالدٍ الشرط صار شرط الطلاق كلامهم كلهم فإن كلمتهم إلا واحداً منهم لم تطلق لأنه جعل شرط الطلاق اجتماعهما في الكلام، وإن جمعت بين بكر وخالد في الكلام وفرقت بين زيد وعمرو في الكلام طلقت لأنه لم يجعل الجمع في زيد وعمرو شرطاً.

وإن قال ذلك من غير إرادة حمل ذكر بكر وخالد على الإستئناف دون الشرط لأن اختلافه في حكم الإعراب وخالف بينهما في حكم الشرط وهو نصب الأول ورفع الثاني. وقال بعض أصحابنا: قوله: وفلان مع فلان يقتضي أن يكون كلامها لفلان وفلان في حال كون فلان مع فلان وهذا مثل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنۢ بَعْدِ ٱلْغَمِّ أَمَنَةً نُّعَاسًا يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ﴾ [آل عمران: ١٥٤]. وكانت هذه الجملة حالاً في الأولىٰ كذلك هاهنا وهذا ليس بمشهور.

فرع آخر

لو صرح وقال: إن كلمت هذين في حال كون فلان مع فلان أو أراد هذا بما تقدم من اللفظ نظر فإن كلمتهما وفلان لم يكن مع فلان لم تطلق، وإن كلمتهما وكان حين الكلام [٥٧/أ] فلان مع فلان وقع الطلاق.

فرع آخر

لرقال: إن كلمت زيداً وعمراً فأنت طالق فقد علق الطلاق بكلامهما، فإن كلمتهما وقع الطلاق، وإن كلمت أحدهما لم يقع. ولو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً فأنت طالق فكلمت واحداً منهما طلقت لأنه علق الطلاق بكلام كل واحد منهما.

فرع آخر

لو قال: إن كلمت زبداً أو عمراً أو بكراً فأنت طالق فكلمت أحدهم طلقت واحدةً على ما ذكرنا، وإن كلمتهم قال ابن سريج: تطلق ثلاثاً لأن كلام كل واحد منهم شرط يتعلق به الجزاء إذا انفرد فوجب أن يتعلق به الجزاء إذا اجتمع. وقال صاحب «الحاوي»[1]: عندي أنها لا تطلق إلا واحدةً لأن الجزاء واحد علق بأحد ثلاثة شروط فوجب أن لا يتعلق بها إذا اجتمعت الأجزاء واحدة.

ولكن لو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، وإن كلمت عمراً فأنت طالق، وإن كلمت بكراً فأنت طالق فكلمتهم طلقت ثلاثاً لأنها ثلاثة شروط علق بكل شرط منهما جزاءً منفرداً.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٠).

فرع آخر

لو قال: أنت طالق لا كلمت زيداً أو عمراً وخالداً فكلمتهم طلقت، وإن كلمت بعضهم لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق لا كلمت زيداً ولا كلمت عمراً ولا خالداً، فإن كلمت واحداً منهم طلقت.

فرع آخر

لو قال: لامرأتيه إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين طلقتا وإن دخلت إحداهما إحدىٰ الدارين ودخلت الأخرى الدار الأخرى فيه وجهان، أحدهما: طلقتا لأن دخول الدارين موجود منهما. والثاني: وهو الأصح لا تطلقان حتى تدخل كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين لأنه لو أفرد طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين لم تطلق إلا بدخولهما معاً. [٥٧/ب] وكذلك لو قال: إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقان فركبت كل واحدة منهما كل واحدة من الدابتين، أو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان فأكلت كل واحدة أحد الرغيفين.

فرع آخر

لو قال: إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الأخرى فأنت طالق لم تطلق إلا بدخولهما جميعاً لأنه علق الطلاق بدخولهما.

ولو قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت الأخرى فأيهما دخل وقع الطلاق.

وكذلك لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، وإن دخلت الأخرى طلقت بدخول كل واحدة منهما ويفارق الأولى لأنه جعل الطلاق جواباً الدخولهما.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال لعبده: إن لم أبعك اليوم فإمرأتي طالق ثم أعتقه في الحال طلقت لأن معناه إن فاتني بيعه اليوم وبالعتق فاته البيع، ولو دبره لم تطلق لأن التدبير لا يمنعه من البيع ثم ينظر فإن باعه لم تطلق وإن لم يبعه طلقت.

فرع آخر

لو كاتبه في الحال لم تطلق أيضاً في الحال لأنه يجوز أن ينفسخ فيجوز بيعه. وإذا قلنا: إذا أعتقه طلقت في الحال في زمان طلاقها وجهان، أحدهما: طلقت عقيب عتقه. والثاني: طلقت في آخر اليوم إذا ضاق عن وقت البيع لو كان بيعه ممكناً.

فرع آخر

لو قال: إن كنت أملك أكثر من مائة فأنت طالق وكان معه خمسون درهماً فإن قال: معناه لا أملك زيادةً على مائة لم يحنث لأنه قد صدق لأن الذي معه خمسون لا يملك

أكثر من هذه ولا أكثر من ألف، وإن قال: أردت أملك مائة ولا أملك زيادة عليها حنث، وإن طلق ولم يكن له نيةٌ فيه وجهان، أحدهما: يحنث [٥٨/أ] لأن معناه إثبات مائةٍ معه ونفي ما زاد عليها، وعلى هذا لو ملك أكثر ولو قيراطاً طلقت.

فرع آخر

لو قال: إن كنت أملك إلا مائة فأنت طالق، وكان يملك أقل من مائة يقع طلاقه، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهين والأول أصح لأن إلا هاهنا مستثناة من نفيٍ فوجب أن يكون إثباتاً.

فرع آخر

لوقال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدٍ فإن جعل غداً شرطاً في وقوع الطلاق عليها اليوم لم تطلق اليوم لأن الشرط لم يوجد. وإذا جاء غدٍ لم تطلق أيضاً لأن الطلاق يقع عقيب وجود الشرط فلا تطلق بوجود الشرط قبل زمان وجوده ويخالف هذا إذا قال: أنت طالقٌ قبل وفاتي بشهرٍ لأنه ما جعل موته شرطاً به يقع الطلاق، وإنما رتب الطلاق على هذا فمثاله هاهنا أن لو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدٍ وأنا صحيحٌ أو أنت من أهلي فإذا جاء غدٍ طلقت على ما رتب لأنه ما جعل غداً شرطاً، وإنما رتب وقوعه على هذا الوجه.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق اليوم غداً فإن قال: معناه تطلقين اليوم فإن من طلق اليوم فهي طالقٌ غدا طلقت اليوم طلقة ولم تطلق غدا شيئاً.

وإن قال: معناه تطلقين اليوم وتطلقين غداً طلقت اليوم طلقةً وغداً طلقةً.

وإن قال: معناه تطلقين اليوم أو غداً طلقت مكانهما لأنه جعل كل واحد من اليومين محلاً لوقوع الطلاق مطلقة.

وإن قال: معناه اليوم تطلقين نصف طلقةٍ وغداً نصف طلقة أخرى طلقت اليوم طلقة وغداً طلقة أخرى.

وإن قال: معناه نصف طلقةٍ اليوم والنصف الباقي منها غداً يقع في اليوم طلقة تكميلاً للطلقة الواقعة فيه وهل تطلق من غدٍ؟ وجهان [٥٨/ب] ذكرهما ابن سريج،أحدهما: لا تطلق لأن البعض الذي أوقعه في غده قد تكمل في يومه. والثاني: تطلق لأن البعض الذي في يومه يكمل في الشرع لا بتقديم ما أخره فوجب أن يكون الذي في غده واقعاً بالإرادة مكملاً بالشرع، وإن لم يكن له إرادة تطلق واحدة في يومه حملاً على الحالة الأولى لأن الأصل أن لا طلاق.

فرع آخر

لو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه، قال ابن سريج: تطلق الثانية وإحدى الأولتين فيلزمه تعيينها لأنه شك فيهما وعطف الثالثة على المطلقة.

وقال أبو حامد: ينبغي أن تكون الثالثة أيضاً مشكوكاً في طلاقها لأنه عطفها على الشك ومن اختار قول ابن سريج أجاب عن هذا بأنه عدل عن لفظ الشك إلى واو العطف فينبغي أن لا يشاركهما في الشك ويكون معطوفاً على الجملة.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو تزوج رجل بجارية والده عند عدم الطول وخوف العنت وصح النكاح ثم قال لها: إذا مات أبي فأنت طالقٌ ثم مات أبوه فيه وجهان، قال ابن سريج وجماعة لا يقع الطلاق وينفسخ النكاح بالملك لأنه التقى الفسخ والطلاق فلم يقع الطلاق.

وقال المزني: في «المنثور»: لو قال لامرأته الأمة: إذا ملكتك فأنت طالقٌ في حال ملكي فملكها انفسخ النكاح ولا يقع الطلاق وهو اختيار القاضي الطبري.

وقال أبو حامد: عندي يقع الطلاق لأن صفة الطلاق موته والطلاق يقع عقيب الصفة، وأما الفسخ فلا يقع عقيب الملك فلا يلتقي زمان الطلاق مع زمان الفسخ فيقع الطلاق، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن النكاح لا يجتمع مع الملك لأن الملك ينافيه فيحصل الملك والبينونة في حالةٍ واحدةٍ وذلك عقيب الموت [٥٩/أ] من غير فصلٍ.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها ومات الأب وعليه دين يستغرق قيمتها فمذهب الشافعي أن الدين لا يمنع انتقال الملك إلى الورثة فيكون حكمه كما لو لم يكن عليه ففي الطلاق وجهان. وقال الإصطخري: الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة فعلى هذا يقع الطلاق لأنه لم يملكها.

فرع آخر

لو كان الدين لا يستغرق جميعها فقد انتقل الملك في الكل على مذهب الشافعي وفي البعض على قول الإصطخري فيكون الحكم كما لو لم يكن عليه دين لأن ملك البضع ينافي النكاح كملك الكل.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها فقال زوجها: إذا مات أبي فأنت طالق وقال أبوه: إذا مت أنا فأنت حرة فقد تعلق بموت والده طلاقها وعتقها، فإذا مات أبوه نظر فإن لم يكن عليه دين وخرجت من الثلث عتقت بموت أبيه ويقع الطلاق لأنه ما ملكها، وإن لم تخرج من الثلث عتق منها بقدر الثلث وملك الزوج ما بقي منها، وهل يقع الطلاق على ما مضى؟ قال عامة أصحابنا: لا يقع وهو ظاهر المذهب. وقال أبو حامد: يقع، وإن أجاز الورثة فإن قلنا: الإجازة ابتداء عطية من جهة الورثة لم يقع الطلاق. وإن قلنا إنها تنفيذ لما فعله المورث وقع الطلاق، وإن كان عليه دين يحيط بالتركة لم تعتق لأنها لا

تخرج من الثلث ثم هو على قول الشافعي ملكها وهل يقع الطلاق على ما مضى؟ وعلى قول الإصطخري لم يملكها فيقع الطلاق، وإن كان الدين لا يحيط بالتركة فالحكم كما لو لم يكن دين، ولو كاتبها المولي ثم مات لم يقع الطلاق على قول ابن الحداد لأنه ينتقل ملكها إلى الورثة وينفسخ نكاحها.

فرع آخر

لو قال: لإمراته [٥٩/ب] الأمة إذا أعتقك سيدك فأعتقها طلقت وكانت عدتها عدة الحراير وإن قال لها سيدها: إذا طلقك زوجك فأنت حرة فطلقها عتقت وفي عدتها قولان، أحدهما: عدة حرة. والثاني: عدة أمةٍ.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن كلمت فلاناً إلى أن يقدم زيدٌ أو حتى يقدم زيد أو حتى يأذن زيد، قال ابن سريج: إن كلمته قبل قدوم زيد أو قبل إذنه وقع الطلاق لأن هذا التحديد يرجع إلى شرط دون الطلاق فيكون تقديره إن كلمته من الساعة إلى أن يقدم فلان فأنت طالق، وإن كلمته بعد قدومه أو إذنه لم تطلق لأن التحديد يصح دخوله في الشرط ولا يصح دخوله في الطلاق ألا ترى أنه يصح أن يقول: إن كلمت فلاناً على أن يقدم فلان فأنت طالق، ولا يصح أن يقول: أنت طالق إلى أن يقدم فلان فإذا كان كذلك عاد إلى ما يصلح عوده إليه دون ما لا يصلح وعلى هذا لو قال: جعلت الغاية في قدوم عمرو حداً للطلاق لا يصح لأن وقوع الطلاق يمنع تحديده إلى غاية.

فرع آخر

لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله يرجع الاستثناء إلى الطلاق ويكون قاذفاً لأن قوله يا زانية اسم مشتق من فعل لا يصح دخول الاستثناء فيه لأنه يصح أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ولا يصح أن يقول: يا زانية إن شاء الله وهكذا لو قلب الكلام فقال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله رجع إلى الطلاق دون القذف. وقال محمد: يرجع إليهما لأنه لا يصح رجوعه إلى الأبعد دون الأقرب وهذا فاسدٌ بما ذكرنا أن الأسماء المشتقة من الأفعال والصفات لا يصح دخول الاستثناء فيها [٦٠/أ].

فرع آخر

لو قال: يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله طلقت بقوله يا طالق وعاد الاستثناء إلى قوله أنت طالق ثلاثاً لأن الاستثناء يعود إلى ما أوقع لا إلى الأسماء المشتقة. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله فكذلك أيضاً. وقال محمد: يعود الاستثناء إليهما معاً فلا تطلق.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال: يا حفصة فأجابته عمرة فقال: أنت طالق فإن قال: قدرتها حفصة ولم أعلم أن عمرة أجابتني طلقت عمرة في

الحكم لأنه خاطبها بالطلاق فقال: أنت طالق ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى، وأما حفصة فإنها تطلق بإقراره في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه يقع الطلاق على حفصة خاصة لأنه يحتمل أن يكون أوقع الطلاق على التي ناداها دون التي أجابته، وكذلك إن قال: أنا أردت بقولي أنت طالق حفصة وعلمت أن التي أجابتني عمرة طلقت عمرة بظاهر الخطاب في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى على ما أراد وتطلق حفصة بإقراره في الظاهر والباطن، وإن أشار إلى عمرة وقال لها: أنت طالق يا حفصة ولم يشر إلى حفصة فإن عمرة تطلق بالإشارة إليها ولا تطلق حفصة، وإن قال: أنا قدرت أن المشار إليها هي حفصة وإن قال: أنا قصدت أن أطلق حفصة هذه كانت أو غيرها طلقت حفصة ظاهراً وباطناً وطلقت عمرة في الحكم وهذا لأن التسمية تسقط مع الإشارة إلى العين، ولهذا لو أشار إلى امرأةٍ أجنبية فقال لها: أنت طالق يا حفصة ظنها زوجته حفصة لم يقع الطلاق على حفصة لأنه ما أشار الطلاق إليها ولا أرسله نحوها.

فرع آخر

لو رأى أجنبية في الطريق [٦٠/ب] فقال: حفصة طالق ولم يشر إليها تطلق زوجته لأنه قد سماها وأوقع الطلاق عليها، ولو قال: إنما أردت هذه الأجنبية بالطلاق دون زوجتي لا يقبل قوله، وقال في «الحاوي»[(١)]: لو رأى أجنبية فظنها زوجته عمرة فقال لها: أنت طالق وأشار إليها لم يقع على زوجته، ولو سمى فقال: يا عمرة وأشار إلى الأجنبية أنت طالق ولم يعلم أنها أجنبية طلقت زوجته عمرة في الظاهر للتسمية وكان في الباطن مديناً لأجل الإشارة.

فرع آخر

لو قال لها: إن تظاهرت منك فأنت طالق مني ثلاثاً قبل ظهاري منك فظاهر منها وقع الظاهر ولزمته الكفارة بالعود ولم يقع الطلاق لأن الطلاق معلق بشرط لا يمكن تصحيحه بحال لأنا متى ألزمناه الطلاق بطل الظهار وفي بطلان الطهار بطلان الطلاق ويقع المسألة في دورٍ.

فرع آخر[(٢)]

قال ابن الحداد: إذا قال لامرأته الأمة: إن اشتريتك فأنت طالق ثلاثاً وقال لها سيدها: إن بعتك فأنت حرة فاشتراها منه عتقت وطلقت ثلاثاً، لوجود الصفتين، قال أصحابنا: أما العتق فيقع على جميع الأحوال في انتقال الملك في مدة الخيار لأنه يتعقب العقد خيار المجلس فله إيقاع العتق فيه لأنه يملك فيه فسخ البيع، وأما الطلاق فإنما يقع إذا قلنا: الخيار يمنع انتقال الملك أو قلنا: إنه مراعى، فأما إذا قلنا: الخيار

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٥). (٢) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٥٣).

لا يمنع انتقال الملك يجب أن ينفسخ بالملك ولا يقع الطلاق ويجيء هاهنا ما ذكره أبو حامدٍ إذا علق طلاقها بموت أبيه وكان أبوه مالكها أن الطلاق يقع لأن الملك يحصل عقيب الشراء والفسخ يترتب عليه والطلاق يقع عقيب الشراء قال ابن الحداد: وقد نصَّ الشافعي على أن الحرَّ إذا اشترى امرأته الأمة فلم يتفرق والبائع حتى طلقها ثلاثاً فإن تم الشراء [٦١/أ] فلا طلاق لأنه يستدل على أن طلاقه صادف أمته لا امرأته، وإن لم يتم الشراء عمل طلاقه فيها وحرمت عليه وهذا على القول الذي يقول: الملك موقوف مراعى.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت صبياً مرضعاً فأرضعته خمس رضعاتٍ في الحولين حرمت عليه وانفسخ نكاحها، ثم أنها تزوجت بزوج آخر ودخل بها وطلقها أو مات عنها فإنها لا تحل للزوج الأول لأنها أرضعت زوجها الصغير فصارت من حلائل أبنائه فحرمت على الآباء.

فرع آخر

قال[1]: كان رجلٌ ببلخ فقالت له امرأته: اصبغ ثيابي يكن لك فيه أجرٌ، فقال الرجل: إن كان لي فيه أجر فأنت طالق ثلاثاً فقالت المرأة: هذه المسألة وقعت ببلخ فاستُفتي فيها إبراهيم بن يوسف العالم فقال: إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً فأنت طالق فاستفتي إبراهيم فقال: لا يحنث في اليمين الأولى لأنه مباح ولا أجر في المباح، ويحنث في اليمين الثانية لأن الناس يُسمونني عالماً واليمين تقع على عرف الناس. وقال بعض أصحابنا: يحنث في اليمين الأولى إن قصد بذلك براً لأن الرجل قد يؤجر في المباح واللعب مع امرأته وجاريته وفي جماعهما إذا قصد به تعففهما وتطيب قلبهما، وإن كان مباحاً وهذا صحيح ظاهر.

فرع آخر

لو أن رجلين كانا على سلم أحدهما على أول الدرج من السلم والآخر على الدرجة العليا منه فقال الذي هو على الدرجة العليا منها للذي على الدرجة السفلى: إن نزلت منها قبل أن تصعد فامرأتي طالق، وقال الآخر: وأنا وإن صعدت إليك قبل أن تنزل إليَّ فامرأتي طالق فرفع السلم كما هو وهما عليه فوضع على الأرض أو حول فجعل أعلاه أسفله فقد خرجا جميعاً من اليمين [٦١/ب] بانتقالهما عن الحال علقا الطلاق عليها.

فرع آخر

قال: لو قال لها وهي حامل: إن ألقيت ما في بطنك فأنت طالق فألقته نظر فإن كان ذلك مخلوق الولد وقد مضى عليه أكثر من أربعين يوماً لم يقع الطلاق، وإن أسقطت

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٨٦ ـ ١٨٧) نقلاً عن المصنف.

في أربعين يوماً من أول العلوق طلقت، وإنما فرقنا بين الحالتين لما ورد في الخبر عن رسول اللّه ﷺ وزعم أهل الخبرة إن الولد إنما يكون في الرحم أربعين يوماً ثم يخرج بعد ذلك إلى البطن.

فرع آخر

قال: لو قال لها: إن لم تصومي يوم الجمعة فأنت طالق، أو إن لم تصلي غداً ركعتين فأنت طالق فحاضت قبل أن يمكنها الصلاة أو وافق يوم طهرها يوم النحر أو يوم الحيض فتركت الصوم والصلاة طلقت إن شاء اللّه لأنه لا صلاة لها مع الحيض ولا صوم أيضاً في يوم النحر ويوم الحيض، ولو قال لها إن لم تصومي يوم النحر، أو إن لم تصلي في وقت الحيض فأنت طالق فصامت يوم النحر أو صلت في حيضها لم تطلق، والفرق أن الكلام إذا أطلق وأرسل إرسالاً يحمل على الصحة والسلامة، وإذا عين واستقصىٰ في الوصف والشرط كان على ما شرط ووصف صحيحاً كان أو فاسداً ونظيره ما ذكرنا لو قال لها: إن لم تبيعي هذا الحر فأنت طالق فباعته لم تطلق، وإن كان البيع فاسداً، ولو قال: إن بعت مالك فأنت طالق فباعت حراً لم تطلق. وقال بعض أصحابنا في المسألة الأولى: إذا قلنا: لا يقع الطلاق عند عدم الاختيار لا يقع هاهنا أيضاً وهو الصحيح عندي.

فرع آخر

قال لو قال لها: أنت طالق إن سألتيني الخلع إن لم اختلعك فقالت: وأمتي حرة إن لم أسألك ذلك قبل الليل، فإن سألته الخلع فقال الزوج: خالعتك على ألفُ تعطينها فقالت [٦٢/أ] لا أقبل فقد بَرَّ كلٌّ منهما ولم يحنث.

فرع آخر

قال لو قالت له امرأته: يا أحمق فقال لها إن كنتُ أحمق فأنت طالق فإن لم يرد بطلاقه إياها نظر في أموره وأحواله في مثل سنه وصناعته، فإن وجد في ذلك ناقصاً في مراتب أمثاله نقصاً بلا مرض ولا سبب من سُكر أو غيره علم أنه أحمق فيقع الطلاق وإلا فلا يقع.

فرع آخر(١)

قال لو قالت له امرأته: ما أنت إلا غوغا فقال الرجل: إن كنت غوغا فأنت طالق فإن أراد الشرط دون المجازاة لقولها فإن كان الرجل يجتمع مع المفسدين والذين يمخرقون على العامة في الأسواق ويجنباهم الناس ولا بغية له من يقع أو دفع ضره طلقت، وإن كان بخلاف ذلك لم تطلق.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٦٢ ـ ١٦٣).

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق إن أحببت دخول النار فقالت: أحببتُ دخولها فيه وجهان، أحدهما: لا يقع ولا يقبل قولها لأنه يكذبها العادة الظاهرة فإن أحداً من العقلاء لا يرضى بها ويحب ذلك. والثاني: يقع ويقبل قولها لأن المحبة معنىً يوجد في قلبها وهي أعلم بالحال فقد تحب ذلك، إما لضعف رأيها أو بلوغها الطريقة التي يسلكها بعض الصوفية فإن أحوالهم على ما يقال: تبلغ إلى حد يحبون دخول النار بدلاً من المعاتبة والمحاسبة وفي الكفرة من يرضى ذلك جزعاً على نفسه وفي الناس من يلقى نفسه في النار لدفع مضرة هي أعظم من ذلك وقد يلقي نفسه فيها لئلا ينتقم منه عدوه.

فرع آخر

لو قال لها[١]: إن لم تُعرّفيني عدد الجوز الذي في هذا البيت فأنت طالق فإن المخلص من ذلك أن تذكر عدداً يتيقن [٦٢/ب] أنه أكثر من عدد ذلك الجوز ولم تطلق لأنه حينئذٍ قد عرفته عدده وما زاد عليه من العدد لغو، وكذلك، لو قال: إن لم تعرفيني عدد حب هذه الرمانة قبل كسرها فأنت طالق فإنها تخبره بعدد حتى يتيقن الزيادة على ما يحتمل من العدد.

فرع آخر

قال المزني في المنثور: لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً ثم قال لامرأة أخرى: أنت شريكتها في هذا الطلاق ثم قال لامرأةٍ له أخرى وأنت شريكتها في هذا الطلاق فقال الشافعي: تطلق الأولى منهن ثلاثاً والثانية اثنتين والثالثة واحدة.

قال المزني: وعندي تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً وذلك أنه جعلهن كلهن مشتركات فيما أوقع من الطلقات بينهن لكل واحدة ثلثها فنجزأها فتكون واحدة.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: لو قال لها: إذا قدم أبوك فأنت طالق فقالت له: لم تؤخرها عجلها لي الساعة فقال: عجلتها لك يريد بذلك الطلقة التي عقدها بقدوم أبيها القياسُ عندي وباللّه التوفيق إن الطلقة قد انعقدت مؤخرة فلا يجوز أن يكون أبداً في عينها عجلة وقد شرحنا نظير هذه المسألة قبل هذا.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام وقع الطلاق عليها إذا طلع الفجر من اليوم الثالث، ولو قال في مضي ثلاثة أيام فإنها تطلق إذا مضت ثلاثة أيام فإن كان قال: بالليل طلقت إذا غربت الشمس من اليوم الثالث: وإن كان قال ذلك بالنهار طلقت حتى يصير إلى مثل ذلك الوقت من اليوم الرابع.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ١٦٠).

فرع آخر[(١)]

قال في «البويطي» لو قال: أنت طالق في مكة أو بكة أو في الدار أو في البحر فهي طالق [٦٣/أ] ساعة تكلم به إلا أن يكون نوى إذا كنت بمكة أو في الدار وهذا يدل على أنه إذا نوى ذلك يقبل منه في الحكم أيضاً لأنه محتمل وهذا لأن المطلقة بغير مكة يكون مطلقة بمكة وكذلك إذا قال: أنت طالق في الظل وهما في الشمس، وقال في «الحاوي»[(٢)]: إن أراد كونها بمكة دونه أو كونه بمكة دونها روعي ذلك، وإن لم يكن له إرادة روعى حُصولها بمكة دونه لأنه هو الأظهر من الكلام فإذا حصلت بمكة طلقت سواء كان الزوج بها أم لا، فإن لم يكن في مكة لا يقع الطلاق وما قاله «البويطي» لا يصح لأنه يسقط فائدة التخصيص ويبطل بقوله: أنت طالق في غدٍ فإنها لا تطلق في مجيء غدٍ، وإن كانت المطلقة في اليوم مطلقة في غدٍ.

فرع آخر[(٣)]

قال ابن سريج بعد ما حكى عن البويطي ما ذكرنا لو قال لها: أنت طالق في الشتاء وهما في الصيف لا يقع الطلاق إلا إذا دخل الشتاء لأن هذا يذكر للشرط.

فرع آخر[(٤)]

لو قال: إن كلمتيني فأنت طالق وقالت: إن كلمتني فعبدي حر طلقت ولم يعتق عبدها لأنها كلمته.

فرع آخر[(٥)]

لو قال لهما: إن ضربتِ زيداً فأنت طالق فضربته على ثوبه فإن أحس بالضرب من تحت الثوب طلقت سواءً آلمه أو لم يؤلمه، وإن لم يحس بالضرب لم تطلق.

فرع آخر

لو قال لها: إن ضربتك فأنت طالق فعضها أو قطع شعرها قال ابن سريج: لا يحنث لأن هذا ليس بضرب، وحكي عن المزني أنه قال: أنا واقف في هذا لأني إن قلنا: لا يقع على البعض اسم الضرب احتملته اللغة، وإنما أتوقف لأنه لا بد من ضربٍ بالأسنان وأنه يحصل به الإيلام.

فرع آخر

لو قال لها: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر [٦٣/ب] فقد ذكرنا أنه إذا قدم بعد شهر ولحظة تبينا أن الطلاق وقع عقيب عقد الصفة، فإن عقد هذه الصفة ثم خالفها ثم قدم زيد بعد شهر ولحظة تبينا أن الطلاق وقع قبل عقد الخلع، فإن كان الطلاق ثلاثاً

---

(١) انظر روضة الطالبين (١/ ١٨٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣).

(٣) انظر روضة الطالبين (١٠/ ١٨٦).

(٤) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٣).

(٥) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٤).

فقد ذكرنا أن عقد الخلع باطل لأنها خالع بعد الصفات الثلاث، وإن كان الطلاق رجعياً يصح الخلع لأن خلع الرجعية جائز، فإن كانت المسألة بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم فورثه الآخر ثم قدم زيد بعد شهر ولحظة فالميراث باطل لأن الوفاة بعد الطلاق الثلاث، فإن كانت المسألة بحالها فخالفها بعد يوم ثم قدم زيدٌ بعد عقد الخلع بشهر ولحظة فالطلاق يقع قبل قدومه بشهر ولحظة والخلع قد سبق الطلاق لأنه وقع قبل قدومه بشهر ويوم فالخلع صحيح والصفة قد ارتفع حكمها، فإن كانت المسألة بحالها فطلق ثلاثاً ثم قدم زيد بعد الطلاق بشهر ولحظة فالطلاق الذي باشرها به واقع لأنه قبل وقوع الطلاق، فإن مات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد الوفاة بشهر ولحظة فالميراث صحيح لأن صفة الطلاق وجدت بعد الوفاة فلا يقع الطلاق على من بانت بالوفاة، ولو قال لأمةٍ: أنت حرة قبل قدوم زيد بشهر فباعها ثم قدم زيد بعد البيع بشهر ولحظة فالبيع جائز لأنه قبل العتق والعتق لا يقع لأن الصفة وجدت بعد خروجها عن ملكه.

فرع آخر

قال القفال: لو قال: إذا قدم زيدٌ غداً فأنت طالق غداً فماتت من الغد بكرةً، ثم قدم زيد وقت الظهر هل يتبين أنها كانت مطلقة، وجهان بناءً على ما لو نذر وقال: للّه عليَّ أن أصوم يوم يقدم زيدٌ فقدم [٦٤/أ] في نصف النهار هل يلزمه قضاء يوم؟ قولان واختلف أصحابنا في أصل القولين فمنهم من قال: أصله أنه إذا قدم هل يتبين أن صوم ذلك كان واجباً؟ فيه قولان فإن قلنا: يتبين أنه كان واجباً هاهنا يتبين أن الطلاق هاهنا وقع في ابتداء النهار، ومنه من قال: أصله أن صوم بعض النهار هل يصح؟ قولان فمن قال به قال: لا تطلق هذه ولا يتبين أنها مطلقة وهذا حسن لكن المذهب ما ذكرنا فيما تقدم قبل هذا ذكره الجمهور من أصحابنا.

فرع آخر

ابن سريج لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً قبل أن تكلمي فلاناً بشهر ثم طلقها واحدةً وتزوجت زوجاً غيره ثم كلمته بعد شهر من يوم قال لها أنت طالق ثلاثاً قبل أن تكلمي فلاناً بشهر فإن الواحدة تقع عليها ولا تقع عليها الثلاث، ولو كانت المسألة بحالها وكان قد دخل بها طلقت واحدةً، فإن لم تنقض عدتها حتى تكلم فلاناً فإنها تبين بثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويقع عليها من الثلاث ما بقي وهو اثنتان.

فرع آخر

لو قال لها: متى لم أطلقك واحدةً فأنت طالق ثلاثاً ثم قال: أنت طالق بُرّ في يمينه ولا حنث عليه، وإن سكت في أثر كلامه ساعة طلقت ثلاثاً ووقت ذلك أن يتبع الطلاق اليمين في نحو ما يتبع الاستثناء اليمين.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال مملوك لامرأته: أنت طالق غداً اثنتين فأُعتق قبل الغد فلم يأت وقت الطلاق حتى كان حُراً فله الرجعة إذا جاء ذلك الوقت ووقع الطلاق، ألا ترى أن الذي لم يدخل بامرأته لو قال لها: أنت طالق غداً واحدة فدخل بها قبل الغد فإن أتي بالغد وهما حيان وقعت واحدة وله الرجعة لأن الطلاق لم يقع حتى صارت مدخولاً بها. [٦٤/ب]

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال: أنت طالق يوم لا أطلقكِ فمضى يوم لم يطلقها فيه طلقت بالحنث، ولو قال: أنت طالق يوم لا أدخل دار زيدٍ طلقت إذا مضى عليه وقت يمكنه أن يدخل فيه دار زيد من ليل أو نهارٍ ولا يراعى فيه مضي يوم. قال: لأن الناس يريدون بمثل هذا الوقت دون اليوم المقدر لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ﴾ [الأنفال: ٦١] أراد به الوقت ولم يرد به نهار اليوم، قال صاحب «الحاوي»: هذا التعليل إن صح في قوله لا أدخل دار زيد صح في قوله يوم لا أطلقكِ، وليس الفرق بينهما معنى يصح فإن حمل ذكر اليوم في دخول الدار عبارة عن الوقت جعل هاهنا أيضاً، وإن لم يجعل في أحدهما لم يجعل في الآخر.

قال: ولو قال: ليلة لا أدخل فيها دار زيدٍ فأنت طالق لم تطلق إلا بمضي ليلةٍ لا يدخل فيها دار زيد، والفرق بين الليلة واليوم أن العرف مستعمل بأن الوقت قد يُعبر عنه باليوم ولا يُعبّر عنه بالليلة، وإن أراد فيما ذكرنا النهار دون الليل والوقت دين في القضاء لأنه متحمل، وعلى هذا لو قال: يوم أدخل الدار فأنت طالق ولا نية له لم يحمل على الوقت على ما ذكرنا، وقال ابن الحداد: وهو اختيار القاضي الطبري يحمل على اليوم الذي هو بياض النهار، وإذا لم يدخل ذلك اليوم تبينا أنها طلقت في أوله ويعتبر فيه مضي اليوم لأن اليوم حقيقته في جميعه واستعمال في هذا الوقت مجاز فيحمل على الحقيقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إلى حين أو إلى زمان طلقت إذا سكت لأنه حين وزمان.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال الرجل لإحدى امرأتيه: أنت طالق إن دخلت الدار لا بل هذه يريد الأخرى فإن دخلت الأولى [٦٥/أ] طلقتا جميعاً، وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما وإنما كان كذلك لأنه علق طلاق الأولى بدخول الدار ثم رجع عن ذلك وعلق بدخولها طلاق الأخرى فتعلق به، ولم يصح رجوعه عن طلاق الأولىٰ فتعلق طلاقها بدخولها الدار، ومن أصحابنا من قال: إذا دخلت الثانية وقع عليها الطلاق، وكذلك الأولى يقع عليها بدخولها لأنه علق طلاق الأولى بدخولها ثم رجع عن هذه

الصفة جملة إلى أن علق طلاق الثانية بدخولها فلزمه الصفة الأولى والثانية ومن نصر ابن الحداد قال: لا تنعقد يمينه في الثانية بالكناية لأن الشافعي قال: لو قال رجل: يميني في يمينك لم تنعقد يمينه، وقال المزني: سألت الشافعي عن ذلك في الطلاق فقال: لا يمين إلا على الحالف دون صاحبه، قال أصحابنا: هذا خطأ لأن اليمين في الطلاق تنعقد بالكناية، وإنما اليمين بالله عز وجل لا تنعقد ويحتمل ما رواه المزني أنه أراد به إذا لم ينو بقوله الطلاق، وذكر صاحب «الحاوي»[1] هذه المسألة وقال: لو كان له زوجتان حفصة وعمرة فقال: يا حفصة، إن دخلت الدار فأنت طالق لا بل عمرة، فإن أراد لا بل عمرة طالق بدخول حفصة، فإذا دخلت حفصة طلقت حفصة وعمرة كما لو قال: حفصة طالق لا بل عمرة طلقتا معاً، وإن أراد لا بل إن دخلت عمرة الدار فهي طالق فتطلق حفصة وحدها بدخول الدار وتطلق عمرة أيضاً بدخول الدار، وإن أطلق فيه وجهان، أحدهما: يحمل على الحالة الأولى، والثاني: يحمل على الحالة الثانية بدخول كل واحدة منهما موضع لطلاقها ولا تطلق عمرة بدخول حفصة.

فرع آخر

قال أصحابنا: إذا قال رجل لرجل: يميني في يمينك نص الشافعي رحمة الله عليه على ما ذكرنا وينظر فإن أراد أنك إذا صرت حالفاً [٦٥/ب] بطلاق امرأتك فقد صرت حالفاً لا يصح ذلك وإن أراد به الحنث نظر، فإن كان ذلك الرجل قد طلق امرأته وأراد به أن امرأتي كذلك طلقت أيضاً وأنه أراد به أنه متى طلقت امرأتك وقع الطلاق على امرأتي، فإذا وقع عليها الطلاق طلقت امرأته أيضاً، وقال ابن أبي أحمد: لا تطلق في هاتين المسألتين أيضاً، وإن أراد به أنك إذا صرت حانثاً بطلاق امرأتك فقد صرت حانثاً لا يصح وفيه وجه آخر يصح.

فرع آخر

قال ابن سريج: قال الشافعي: لو قال رجل لها: أنت طالق أين كنت فطلقها تطليقة لم يقع عليها إلا هي لأنها إذا طلقت واحدةً فهي طالقٌ أين كانت، وكذلك قوله حيث كنت وأين كنت ومن أين كنت قال ابن سريج: قوله لا يقع عليها إلا هي يعني أنه حين قال: أنت طالق أين كنت طلقت بهذا القول واحدة ولم يتكرر عليها الطلاق بعد ذلك وقوله يطلقها أي بهذا القول لأنه طلقها بعد طلاقها آخر والله أعلم.

فرع آخر

لو قال لامرأتين له، أطولكما حياةً طالق ثلاثاً الساعة، فإذا ماتت إحداهما قبل صاحبتها علمنا أن الطلاق كان قد وقع على الباقية يومئذٍ فاعتد بها من يومئذٍ، فإن كانت قد حاضت ثلاث حيض قبل موت صاحبتها فقد انقضت عدتها لمضي ثلاثة قروء

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٦).

بعد وقوع الطلاق، وإن كان وطئها في عدتها هذه وهي لا تشعر فعليه مهر مثلها وعليها العدة من يوم وطئ وهي ثلاثة أقراءٍ ولا يملك الرجعة إذا كان الطلاق مما يملك الرجعة فيه ولا بقية العدة من يوم وقوع الطلاق ولا تحل لغيره إلا بانقضاء العدة من يوم كان الوطء ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق [٦٦/أ] فأذن لها فلم تعلم بالإذن فخرجت على ظن أنها تطلق فالظاهر من المذهب أنها لا تطلق، وفيه قولٌ آخر أنها تطلق وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه، وهذا ن القولان مبنيان على الوكيل إذا عزل فتصرف قبل العلم بالعزل هل يصح؟ قولان، وقد قال الشافعي: هاهنا الورع أن يحنث نفسه ولم يرد به أنه وقع الطلاق لخروجها بل أراد به يحسبها طلقة رجعية ثم يراجعها وإن كان ثلاثاً سرحها بثلاث ثم يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره.

فرع آخر

لو قال: إن تزوجت فأنت طالق فأبانها ثم تزوجها هل تعود اليمين؟ قد ذكرنا فيه قولين، فإن قلنا: تعود فلو تزوج أخرى في حال ما بانت هي منه هل تنحل ذلك اليمين حتى لو نكحها ثانياً وتزوج أخرى لا تطلق ينظر، فإن قال: إن تزوجت انحلت اليمين، وإن كان قال: إن تزوجت عليك فيه قولان، وقال مالك: إن تزوج عليها وضيعة يجعل كأنه لم يتزوج عليها.

فرع آخر

لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق لا تطلق ما لم يؤيس منه فإن ماتت هي نظر فإن كان قال: إن لم أتزوج عليك طلقت قبيل الموت وإلا فلا، ثم إذا ماتت هي لا يرثها، ولو مات هو هل ترثه؟ قولان، على ما تقدم بيانه، ولو قتل وأجهز قتله قال القفال: في كرّة لا ترثه لأنه لم يوجد من جهته عجز، وقال في كرّةٍ ترثه لأنه وجد العجز في حالةٍ لطيفةٍ قبل خروج الروح.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق كيف شئت فما لم تشأ لم يقع الطلاق وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يقع طلقة في الحال وإليها المشيئة في الكيفية إن شاءت كانت رجعية، وإن شاءت كانت بائنة، وإن لم تشأ شيئاً [٦٦/ب] تقع رجعية، واحتج بأنه أوقع أصل الطلاق وجعل صفته مشيئتها لأن ما لا حصول له لا يتكيف ولا كيفية للمعدوم بدليل قول الشاعر:

خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف؟

وهذا غلط لأنه بالمعدوم إذا كان للشيء جهات يقال: كيف أخيط هذا القميص وكيف ابني هذه الدار وللطلاق جهات فيحسن أن يقول: كيف وقوعه نوضحه أنه لو

صرّحَ فقال: أنت طالق إن شئت كيف سبب تعلق بمشيئتها وصح ذلك.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق ما لم تحبلي أو قال: ما لم تحيضي طلقت إذا لم تحبل في الحال أو تحيض فإن كانت حائضاً أو حبلى طلقت لأنه على حبل وحيض مستقبل ولم يعلم حبلها ووضعت لأقل من ستة أشهر طلقت لأنه لم يكن لحبل مبتدأ وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً نظر فإن كان حين خاطبها به غير مباشرٍ بعد اللفظ، وإن كان حين خاطبها بذلك مباشراً لها ففي وقوع الطلاق وجهان، أحدهما: يقع لأن وقوع الطلاق عموم إلا بشرط مشكوك فيه، والثاني: لا يقع لأنه معلق بشرط مشكوك فيه، قال صاحب «الحاوي»[1] فقد يحمل الأيمان بالطلاق على العرف كالأيمان فإذا حلف على غيره بالطلاق ليجرُّ به على الشوك فإذا مطله مطلاً بعد مطلٍ بَرَّ في يمينه اعتباراً بالعرف، ولو قال: ليضربنها حتى تموت فضربها ضرباً مؤلماً وجعاً لا يقع الطلاق اعتباراً بالعرف وهذا إذا أطلق ولم يرد به حقيقة اللفظ، فإن أراد حُمل عليه وهكذا نظائر ذلك وأشباههُ.

فرع آخر[2]

لو قال: أنت طالقٌ إن كلمتك، وأنت طالقٌ إن دخلت الدار طلقت باليمين الأولى لأنه صار مكلماً باليمين الثانية سواء جاء باليمين الثانية متصلاً [٦٧/أ] باليمين الأولى أو منفصلةً عنها.

فرع آخر

لو قال[3]: أنت طالق إن كلمتكِ ثم أعاد فقال: أنت طالق إن كلمتك طلقت لأنه صار مكلماً بإعادتها.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق إن كلمتك فاعلمي ذلك فإن قال هذا منفصلاً حنث، وإن قاله متصلاً فيه وجهان، أحدهما: يحنث، والثاني: لا يحنث لأنه من كلمات يمينه قاله في «الحاوي»[4].

فرع آخر[5]

لو اتهم زوجته بسرقة فقال: أنت طالق إن لم تصدقيني هل سرقت؟ فخروجه يقيناً من يمينه أن تقول له: سرقت وتقول له: ما سرقت فيتيقن صدقها في أحدهما ولا يحنث.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٨)، روضة الطالبين (٦/ ١٧٠).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٨)، روضة الطالبين (٦/ ١٧٠).
(٤) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٨).
(٥) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٩)، روضة الطالبين (٦/ ١٦٠).

فرع آخر

لو حلف بالله تعالى أو بالطلاق على شيء يحمل أمرين يعني أحدهما بالنية، فإن لم يحلف في حظره وإباحته فالنية فيه نية الحالف دون المستحلف، وإن اختلف في حظره وإباحته، فإن كان الحالف مظلوماً والمستحلف ظالماً كالحالف الشفعوي أن لا شفعةً عليه للجار أو كان حنفياً فحلف لا شيء عليه للمدبر فالنية في اليمين نية الحالف دون الحاكم المستحلف، وإن كان الحالف ظالماً كالشفعوي، إذا حلف أن لا يمين عليه للمدبر والحنفي إذا حلف أن لا شفعة عليه للجار كانت النية نية الحاكم المستحلف دون الحالف فكأنها لا تكون عليه نية المستحلف إلا في هذا الموضع وحده هكذا ذكره في «الحاوي»[1]، وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان، **أحدهما**: ما ذكرنا لأنه لا يعتقد ثبوت الشفعة للجار، فإذا حلف أنه لا يستحق عليه الشفعة كان صادقاً ولو حكم الحاكم عليه يلزمه طلقة فيما حكم، وإن كان يخالف اعتقاده لأن ترك ذلك يؤدي إلى إبطال الأحكام، فأما إذا لم يحكم عليه وحلفه يلزمه في الباطن على ما يعتقده دون اعتقاد الحاكم.

والثاني: أنه تقع يمينه على ما يعتقده الحاكم بكل حال لأن الحاكم [٦٧/ ب] إذا حكم عليه بالشفعة بالجواز لزمه الانقياد له ولا يكون له الامتناع، فإذا استحلفه كان على ذلك، وقيل: هذا مبني على أن حكم الحاكم في المجتهد هل ينفذ ظاهراً وباطناً؟ فإن قلنا: ينفذ ظاهراً وباطاً يلزمه في الباطن على ما يعتقده، وإن قلنا: ينفذ في الظاهر دون الباطن فالحكم على ما سبق وقيل: اليمين يتعلق بظاهر اللفظ عند الحاكم ولا يقول يكون علق به الحاكم لأن الحاكم لو يرى غير ظاهرها لم يتعلق الحكم بنيته إلا أن أصحابنا عبروا بأن الحاكم إذا حلفه فالنية نية الحاكم لأن الحاكم لا يحلفه وينوي خلافه وحكم المسائل المختلفة ما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف حالف في غير مجلس الحاكم ونوى ما يجوز أن يراد باللفظ في مجاز اللغة تعلقت يمينه بذلك في الباطن، وأما الظاهر فإن كان في طلاق لم يقبل منه لتعلق حق غيره به، وإن كان في غير طلاق كيمين بالله تعالى أو نذر فالقول قوله لأنه لا يتعلق به حق لطالب به، وعلى هذا لو حلف على شيء ماضٍ أنه ما فعله وقد فعله ونوىٰ في يمينه ما فعله بالصين أو على ظهر الكعبة، أو حلف على شيء مستقبل لا يفعله ونوى لا يفعله في الصين حمل على نيته ولا يحنث.

وعلى[2] هذا لو قال: نسائي طوالق ونوى نساء قرابته لم تطلق نساؤه فيما بينه وبين الله تعالى، ولو قيل له: أطلقت زوجاتك فقال: نعم وأراد نعم بني فلانٍ يدين في الباطن، ولو حلف ما كاتبت فلاناً ولا كلمته وأراد بالمكاتبة عقد الكتابة وبالكلمة ما

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٩٩).

جرحته حمل على ما نوى، وكذلك لو حلف وقال: ما أخذت لا جملاً ولا بقرةً ولا ثوراً ولا عنزاً [٦٨/أ] ونوى بالجمل السحاب وبالبقرة العيال وبالثور والقطعة من الأقط الأكمة السوداء حمل على ما نوى ولم يحنث، ولو قال: ما شربت لك ماءً وأراد المني حمل على ما نوى وعلى هذا يجوز له أن يوري عن الظاهر ولا يحرم ذلك عليه إذا لم يقصد به التوصل إلى محظور، قال اللّه تعالى في قصة إبراهيم عليه السلام: ﴿قَالُوٓاْ ءَأَنتَ فَعَلْتَ هَٰذَا بِـَٔالِهَتِنَا يَٰٓإِبْرَٰهِيمُ ۝٦٢ قَالَ بَلْ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمْ هَٰذَا﴾ [الأنبياء: ٦٢ ـ ٦٣] الآية، وقيل: إنه كان نوى إن كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم، وروي أن سويد بن حنظلة أخبر رسول اللّه ﷺ أنه حلف باللّه أن وائل بن حجر أخوه لنخلصه من العدو، فقال له النبي ﷺ: «صدقت المسلم أخو المسلم»(١) وعلى هذا لو قال: ما عرفت فلاناً ولا أعلمته ولا سألته حاجةً، وأراد ما جعلته عريفاً وبالأعلام ما شققت شفته وبالحاجة شجرة صغيرة بالبر تسمى الحاجة تعلقت يمينه دون ظاهر لفظه، وكذلك لو قال: واللّه ما في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ونوى بالفرش صغار الإبل، قال اللّه تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢]، وقال عز وجل: ﴿وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَٰفِرِينَ حَصِيرًا﴾ [الإسراء: ٨] أي: حبساً ويسمى الملك أيضاً حصيراً لأنه يحجب عن الناس والبارية المدى التي تقطع، وكذلك لو قال: جواري أحرارٌ ونوى به سُفنه لم تعتق إماؤه.

فرع آخر

لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك وأحمد: يقع في النكاح المختلف فيه وهذا غلط، لأنه نكاحٌ فاسدٌ فلا يقع فيه الطلاق كالمجمع على فساده [٦٨/ب].

فرع آخر

لو قال: أنت وأشار بثلاثة أصابع ونوى الطلاق لا يقع لأن قوله أنت ليس من ألفاظ الطلاق، ولو قال: أنت الثلاث ونوى الطلاق لا يكون شيئاً أيضاً وهذا اختيار القاضي الطبري لما ذكرنا، وسمعت بعض أصحابنا يقول: يقع الطلاق ثم اختلفوا، فمنهم من قال: يقع الثلاث، وإن لم ينوِ لأنه صرح بالثلاث، والثاني يقع واحدة والأول أظهر أنه لا يقع شيء.

فرع آخر(٢)

لو قال لها: إن سرقت مني شيئاً فأنت طالق ثم دفع إليها كيساً فأخذت منه شيئاً لم يقع الطلاق لأنه خيانة وليس بسرقة.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق لإرادة اللّه يقع لأن معناه لأجل إرادته، ولو قال: أنت طالق

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٥٦).

(٢) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٧٠).

بإرادة اللّه لا يقع لأن ظاهره التعليق.

فرع آخر

لو كان له ثلاث نسوةٍ فقال: أيتكن لم تخبرني اليوم بعدد ركعات فرائض الصلوات في اليوم والليلة فهي طالق. فقالت واحدة: سبعة عشر ركعة، وقالت الأخرى: خمسة عشر ركعة، وقالت: إحدى عشر ركعةً، من أصحابنا من قال: لا تطلق واحدة منهن لأن خمسة عشر ركعة عدد صلوات الحصر يوم الجمعة وإحدى عشر عدد ركعات صلاة السفر، ومن أصحابنا من قال: تطلق من عدت خمسة عشر وإحدى عشر للعادة.

فرع آخر

لو قال لها: توزن من قال أصحابنا هذا كذب محض لا يقع شيء إلا بالنية، وقال القاضي الإمام الحسين: عندي إن كان هذا بين يدي القاضي يكون إقراراً بالبينونة فيفرق بينهما.

فرع آخر

لو قال لامرأته: قد خرجت اليوم [٦٩/أ] من هذه الدار فقالت هي: لم أخرج فقال لها: إن كنت خرجت اليوم من هذه الدار فأنت طالق هل يقع بهذا اللفظ؟ قال القاضي الحسين: يقع لأنه أقر بخروجها من الدار أولاً ثم علق الطلاق به، ولو قال لها: إن كنت خرجت اليوم من الدار فأنت طالق ثم قال لها: قد خرجت وقالت: لم أخرج تطلق بإقراره.

فرع آخر

لو قال لها: حلال نورمن حرامست أكذبه امرور إن جاء به يردن برده وحلفت المرأة أني ما خرجت قال: إنه لا يقع لأنه يعلق الطلاق، ولو قال: توارزي من نسبه طلاق مشيئته ما توازخانه يردن بوده نوا يكون وحلفت بأن ما خرجت يقع الثلاث لأن في ضمن كلامه هذا إقرار بأنها كانت خرجت، وأنا أكافيها بالطلاق الثلاث فجعل خروجها عن الدار تعليلاً للطلاق لا تعليقاً، قال: ولو قال لها: إن لم تصل في الحال فأنت طالق فقامت لتصل فحاضت يقع وعندي لا يقع هاهنا على ما سبق بيانه.

فرع آخر

لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك فإن كان في مجالس مختلفة فدخلت الدار طلقت ثلاثاً ولا يقبل قوله أنه أراد التكرار وفيه وجهٌ آخر أنه يقبل منه ذلك، وإن كان في مجلس واحدٍ، فإن قال: أردت به التكرار يقبل، وإن أطلق فقولان.

فرع آخر

لو كان عبده يعبد صنماً فقال له: إن لم أَسؤْكَ في معبودك فأنت حرٌ فكسر صنمه لم يحنث ذكره المزني في منثوره.

فرع آخر

لو رأى طائراً فقال: إن لم آخذ هذا الطائر فامرأتي طالق [٦٩/ب] فطار الطير ثم اصطاد طائراً وزعم أن هذا ذلك أيضاً واحتمل كل واحدٍ من الأمرين، قال والدي رحمه اللّه: يحمل أن يقع الطلاق، لأن الأصل أنه لم يأخذ ذلك الطائر وأنه لم يبر في يمينه ويحمل أن لا يقع لأن الأصل بقاء النكاح، وهكذا لو قال: فعبدي حرٌ هل تقع الحرية على هذا الاحتمال.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الطلاق الواقع بالقول، هل هو واقع معه أو عقيبه؟ فقال بعضهم: يقع مع القول، وقال بعضهم: يقع عقيبه وعلى هذا لو قال: أنت طالق في حال تلفظي بهذه اللفظة هل يقع الطلاق؟ على الوجه الأول يقع ولا تأثير لهذا التقييد لثبوت مقتضاه دونه وعلى الوجه الثاني: لا يقع حال اللفظ وهل يقع عقيبه؟ يحتمل وجهين: اعتباراً بقوله لامرأته: أنت طالق في الشهر الماضي وفيه خلاف.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق في آخر جزء من أجزاء حياتي، قال والدي الإمام رحمه اللّه: يجب أن يقع لأن الزوجية باقية في تلك الحالة فإن قيل: أن لا يقع لأن الوقوع يكون عقيب الجزء وذلك وقت الموت فلا يجوز وقوع الطلاق فيه، ألا ترى أنه إذا قال: أنت طالق وقع الطلاق عقيب القول لا معه؟ قيل: فيما نحن فيه لا يجيء هذا لأن الوقوع باللفظ الذي هو التعليق وحالة الوقوع هو الجزء الأخير لأن الوقوع بعد ذلك الجزء وبه خالف ما ذكره من المثال لأن القول هناك وجد في الجزء الأول فجعلنا حالة الوقوع بعده وهاهنا القول سبق الجزء الأخير فلا ضرورة بنا إلى تأخير الطلاق عن الجزء الأخير وهذا واضح.

فرع آخر

لو قال لامرأته: أنت طالق اليوم أو غداً فإن اختار الثلاث وقع الثلاث، وإن اختار واحدةً [٧٠/أ] وقعت واحدة، وإن لم يختر ومات وقعت واحدة وهل يقوم وارثه مقامهُ في هذا الاختيار؟ يحتمل قولين قياساً على ما لو طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل التعيين هل يقوم الوارث مقامهُ في التعيين؟ قولان، ولو قال الزوج: اخترت طلقتين لم يقع إلا واحدة لأنه ذكر لفظ الطلاق على وجهٍ يقتضي إثبات الخيار بين شيئين فلا يجوز إثبات خيار ثالث لمخالفة اللفظ ويحتمل أن يقال: يقع طلقتان لأنه إذا صح منه اختيار الواحدة فلأن يصح اختيار اثنتين وفيه صورته أولى.

فرع آخر

لو قال: هذه المرأة محرّمة عليَّ تحريماً مؤبداً قال والدي رحمه اللّه: الأصح أنها تحرم عليه بهذا القول لأنه يؤاخذ بموجب إقراره، ولا يقال: قد يعتقد التحريم مؤبداً

خطأ، لأن الإنسان مأخوذ بموجب إقراره، وإن احتمل ما ذكرتم كما لو أقر بالبيع أو النكاح حُمل على الصحيح، وإن احتمل اعتقاده للصحة فيما هو باطل فإن قيل: لو أخبره رجلٌ بنجاسة الماء قال الشافعي: لا يقبل قوله حتى يتبين فكذلك هاهنا، قيل: لأن الأصل طهارة الماء فلا يزول بقول الغير مع الإجمال وهاهنا يزيل الإباحة بقول صاحب الحق وقول الإنسان يقبل على نفسه فإن قيل: في حق هذا المخبر لا يحكم بنجاسة الماء أيضاً لأنه لو توضأ صح قيل: لأن في الماء يقبل الرجوع لأنه لو أقر بنجاسته، ثم قال: أخطأت ولم يكن نجساً قبل قوله وهاهنا الرجوع غير مقبول.

فرع آخر

إذا قال: امرأةُ زيد طالق واسمه زيد لم يقع الطلاق على امرأته إلا أن يريدها، ولو قال: نساء الزيدين طوالق وقع الطلاق [٧٠/ب] على امرأته، والفرق أن في الأول إنما دخل تحت لفظ زوج زيد واحد لا يعينه فوجب الرجوع في بيانه إليه، وفي الثاني: الداخل تحت اللفظ نساء جميع الزيدين فلهذا وجب إدخال هذا القائل تحت هذه اللفظة.

فرع آخر

لو ناداه رجل فقال: يا زيد فقال مجيباً له: امرأة الزيد طالق وقع الطلاق، وإن أجابه بأن قال: امرأة زيد طالق لم يقع إلا أن يريد نفسه، والفرق أن في الأول أشار إلى ما تقدم ذكره ألا ترى أنه عرّف زيداً بالألف واللام فوقع الطلاق على امرأته لأجل الإيقاع أو الإقرار، وفي الثاني: لم يحصل منه ما يقتضي لونه جواباً لأن هذا الكلام الصادر منه مستقل بنفسه، ولم يوجد منه تعريفه بالألف واللام فلم يقع الطلاق لأن هذا اللفظ يقتضي زيداً واحداً فكان الرجوع إليه واحداً في عينه ويتبين هذا أنه لو قال لعبده: اضرب زيداً فلم يضربه فقال له: اضرب الزيد انصرف إلى المأمور بضربه أولاً ولا يحسن الاستفهام، ولو قال: عند إعادة القول اضرب زيداً لحسن الاستفهام فدل على الفرق.

فرع آخر

لو قالت لزوجها: طلقني فقال: هبه إني طلقتك أو قال العبد لسيده: اعتقني فقال: هب إني اعتقتك لا يعتقان لأن اعتقاده لا يوقع الحرمة ولا اعتقاده يوقع الطلاق، وأمره بذلك ليس له تأثير في الإيقاع.

فرع آخر

إذا قال لها: أنا مستبرئ رحمي منك ونوى طلاقها لا يقع الطلاق لأن معناها لا يصح فيه محال فتتجرد النية ومجرّد النية لا يوقع الطلاق، ويخالف إذا قال: أنا منك طالق لأن معنى هذا اللفظ صحيح في حق الزوج، وقيل: فيه وجه آخر أنه يقع الطلاق لأن الحق ثابت له في رحمها وصاحب الحق في الشيء يضاف إليه ذلك الشيء.

فرع آخر

إذا قال [٧١/أ] منادياً لآخر: يا رق سته أي تي زي فقال: ذلك لبيك لم يكن هذا إقراراً بالطلاق لأنه دعاه بصفة فقوله: لبيك إجابة للدعوة لا أنه اعتراف بالصفة، وهكذا إذا قال: يا زاني فقال: لبيك لم يكن هذا اعترافاً بالزنا، وكان المنادي قاذفاً يلزمه موجب القذف.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق فأذن لها بالخروج ثم رجع عن الإذن ثم خرجت لم يحنث، وفيه وجه آخر يحنث لأن الإذن بطل بالرجوع، وذكر والدي الإمام أن الشافعي نص على أن الإذن لم يبطل بالرجوع والفرق بينه وبين الوكالة تبطل بالرجوع إذ الخروج منها وقع مأذوناً ولم يكن وجد منه في يمينه شرط يقال: الإذن والمقام عليه فلم يعتد إلا ما تناوله شرط وخلفه يخالف الوكالة لأن الفعل وإن كان مأذوناً فيه ووقع مأذوناً فقد كان الشرط هناك من جهة الشارع المقام على ذلك الإذن والبقاء عليه إلى وقت الفعل فاعتبرناه على ما اقتضاه الشرع ولا يجب اعتقاد هذا الشرع هناك لأن الاعتبار فيه بوجود الصفة فقط.

فرع آخر

إذا من فعل الناسي لا يوجب الحنث بل تصير اليمين منحلةً بفعل الناسي لا نص فيه ويحتمل أن يقال: لا تصير منحلة والأظهر أنها منحلة ولا يمتنع أن تصير منحلة ولا يوجب حكمها كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فدخلت الدار ثم رجعت ودخلت ثانياً لا يقع الطلاق فالدخول في غير النكاح يوجب انحلال اليمين ولا يوجب الطلاق.

فرع آخر

إذا كان لمسلم زوجة نصرانية فقال لها: إن أسلمت وأنكرتِ فإن كان قبل الدخول حرمت عليه ويلزمه نصف المسمى، وإن قال واحدة في زمان لا يتسع لانقضاء العدة بين قوله وانكارها فهما على النكاح، وإن كان يتسع حرمت ولها كمال المسمى فمضى أصل المسألة ووجه آخر [٧١/ب] إنهما على النكاح لإنكارها.

فرع آخر

لو قال العبد لزوجته: إن مات مولاي فأنت طالق طلقتين ثم دبره السيد ومات وخرج المدبر من ثلاثة طلقت زوجته طلقتين وله أن يراجعها كما لو قال لها: أنت طالق غداً طلقتين فاعتق قبل غد يملك الرجعة بعد وقوع الطلاق.

فرع آخر

لو قال لها: طلقي نفسك فقالت: الطلاق لي لازم فيه وجهان، أحدهما: يقع الطلاق وهو الأصح، والثاني: لا يقع إلا أن ينوي، ذكره جدي الإمام رحمه اللّه.

فرع آخر

قال جدي رحمه اللّه: لو قال ما لي طالق فإن لم ينوِ به الصدقة فلا يلزمه شيء، وإن نوى صدقة ماله فيه وجهان، أحدهما: يلزمه أن يتصدق به وهو الأصح، والثاني: لا يلزمه شيءٌ فإن قلنا بالأول فيه وجهان، أحدهما: يلزمه التصدق بجميع ماله، والثاني: أنه مخير بين أن يتصدق به أو يكفر كفارة يمين واحد.

فرع آخر

لو قال عليَّ الطلاق الثلاث فإن نوى كان طلاقاً وإلا فلا شيء، وقال المزني في منثوره: هكذا أو قال: لا نص فيه للشافعي، ثم قال: وكثير من الناس لا يعرفون هذا إلا طلاقاً.

فرع آخر

لو قيل له: أطلقت امرأتك فكتب نعم ولا يتلفظ به هل يقع الطلاق؟ وجهان، ذكره جدي رحمه اللّه، وقال أيضاً: لو كتب الأخرس ولم يشر وجهان.

فرع آخر

لو قال لها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك فتزوج فيه قولان، ذكرهما في الإملاء أحدهما: لا يكون أمرها بيدها، والثاني: يكون أمرها بيدها إذا قبلت في المجلس ذكره جدي رحمه اللّه.

فرع آخر

لو قال لها عظم اللّه أجرك فيك أو عظم اللّه أجرك أو أبعدك اللّه ونوى طلاقاً يقع الطلاق، ولو قال: راجعتك أو أحسن اللّه جزاك ونوى الطلاق فيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: أنت طالق أربعة أنصاف تطليقة فيه وجهان، أحدهما: يقع طلقتان، والثاني: يقع طلقة واحدة.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: [٧٢/أ] لو قيل لرجل أطلقت: امرأتك فقال قد كان بعض ذلك يرجع إليه فإن قال أردت أي: علقت طلاقها بصفة قبل منه لأن هذا بعض الطلاق وإن قال: أردت إني كنت طلقتها طلاقاً منجّزاً قبل منه أيضاً، وإن قال: لم أكن طلقتها قبل منه أيضاً لأن قوله قد كان بعض ذلك لبس بإخبار عن الطلاق فلم يلزمه طلاق بذلك.

فرع آخر

قال في «الإملاء»: لو قال: كل امرأةٍ لي طالق وكان ناسياً أن له زوجة يلزمه الطلاق لأن الزوجية موجودة والقصد إلى الطلاق موجود، وقيل: لا يقع الطلاق في الباطن في أحد الوجهين، وقيل: لو لم يعلم أصلاً لا يقع ولو علم ثم نسي يقع.

كتاب الرجعة

قال[1]: قال اللّه تعالى في المطلقات: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١].

الفصل

الأصل في ثبوت الرجعة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، والإمساك الرجعة والتسريح أن يدعها ولا يراجعها حتى تسرح بانقضاء العدة. وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٨٢٢] يعني برجعتهن، وقوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة:٨٢٢]، قال الشافعي[2] رحمه اللّه تعالى: عليه إصلاح الطلاق بالرجعة وقيل: أراد إن أراد البعل إصلاح ما تشعث من النكاح بالطلاق، وقال عطاء ابن أبي رباح في هذه الآية: أراد الصلاح في الدين والتقوى، ولا تصح الرجعة إلا لمن أراد بها إصلاح دينه وتقوى ربه وهذا مذهب نفرد به.

وأما السنة فما روي في خبر ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ [٧٢/ب] قال لعمر رضي اللّه عنه: «مر ابنك فليراجعها»[3] حين طلق امرأته وهي حائض، وروي أن النبي ﷺ قال: «أتاني جبريل ﷺ فقال لي: راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة». وروى الهيثم بن عدي أن النبي ﷺ قال لسودة: «اعتدي[4] فجعلها تطليقة، فجلست في طريقه فقالت: إني أسألك باللّه لما راجعتني واجعل نصيبي منك لك تجعله لأي أزواجك شئت إنما أريد أن احشر مع أزواجك يوم القيامة فراجعها».

وأما الإجماع: فلا خلاف بين المسلمين في ثبوتها، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي رحمة اللّه تعالى عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢١٣] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ﴾ [البقرة: ٢٣٢] الآية، ثم قال[5]: «فدل سياق الكلامين على افتراق البلوغين». ومعناه أن المراد بلوغ الأجل في الآية الأولى معاونة البلوغ لأنه إذا بلغ أجلها وانقضت عدتها فلا سبيل للزوج إلى إمساكها بالرجعة، وفي الآية الثانية: أراد به حقيقة البلوغ لأنه خاطب الأولياء بترك العضل إذا أردن النكاح وهذا يكون بعد انقضاء العدة، فأما قبل ذلك فلا

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).
(٣) أخرجه البخاري (٥٣٣٣)، ومسلم (١/ ١٤٧١).
(٤) أخرجه أبو حنيفة في مسنده (١٠٥).
(٥) انظر الأم (٤/ ٨٧).

يحل للأزواج، والعرب تقول: بلغت المدينة يعني قاربت بلوغها وبمعنى حقيقة البلوغ أيضاً، فإن قال قائل: فإذا كان له أن يراجعها بعد الطلاق قبل انقضاء العدة أي: وقت شاء فكيف خص الأمر بالرجعة والقرب من انقضاء العدة؟ قلنا: فائدته أنه هو الوقت الذي إذا راجعها فيه ثم طلقها بعد الرجعة طالت العدة عليها فخص هذا المكان بالذكر لأنه [٧٣/أ] هو الوقت الذي يصر بها متى راجعها ثم طلقها بعدها لتطول عدتها فإنها تستأنف العدة بعد أن أشرفت على الانقضاء ألا تراه قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ١٣٢].

مسألة: قال[(١)]: «وللعبدِ منَ الرجعةِ بعدَ الواحدةِ ما للحرِ بعدَ الاثنتين».

الفصل

إذا تزوج الحر بامرأة فقد ملك عليها ثلاث طلقات إن شاء أوقعهن متفرقات أو مجتمعات فإذا أوقع الطلاق على مدخول بها فإنه يملك الرجعة بعد الواحدة والاثنتين مادامت في العدة، فإذا انقضت العدة أو استوفى العدد انقطعت الرجعة، وإذا تزوج العبد بامرأةٍ فله الرجعة بعد الطلقة الواحدة فقط، لأنه لا يملك أكثر من التطليقتين بحال ولا يفترق الحكم فيهما بين أن تكون المرأة حرةً أو أمةً لأن الاعتبار في الطلاق بالرجال دون النساء عندنا وبه قال ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وعطاء ومالك وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم.

وقال أبو حنيفة: الاعتبار بالنساء فيطلق ثلاث تطليقات وتثبت الرجعة بعد الواحدة والاثنتين وإن كان الزوج عبداً والأمة تطلق طلقتين وتثبت الرجعة فيها بعد الواحدة فقط، وإن كان الزوج حراً وبه قال الثوري، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه، واحتجوا بما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[(٢)]. وهذا غلط لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»[(٣)]. وقيل: لا يصح هذا مرفوعاً وإنما هو مرقوف على ابن عباس وزيد بن ثابت[(٤)] رضي الله عنهما، وروى أيضاً مثله عن علي رضي الله عنه [٧٣/ب] وروي أيضاً أن نفيع كان مملوكاً وعنده حرةٌ فطلقها بطلقتين، ثم سأل عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فقالا: طلاقك طلاق عبدٍ وعدتها عدة حرةٍ[(٥)].

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥١٧٠).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥١٧٨).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٦٣).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٦٢).

وقال عمر رضي اللّه عنه: ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين[١] ولأنه حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية فيعتبر برق وحريته بعدد المنكوحات، وأما الخبر الذي ذكروا قلنا: رواه طاهر ابن سماعيل قال أبو داود وهو منكر الحديث، ثم أراد إذا كان زوجها عبداً، وأما خص الأمة لأن الغالب أن زوجها لا يكون إلا عبداً فإن قال قائل: ما فوائد قول الشافعي وللعبد من الرجعة بعد الواحدة ما للحر بعد الاثنين وهلا قال ما للحر بعد الواحدة لأن الحر والعبد سواء بعد الواحدة في استحقاق الرجعة والحر بعد الاثنين كالحر بعد الواحدة، قلنا: فائدته أن الحر بعد الاثنتين ما بقي له إلا طلقة واحدةً، فإذا أوقعها فلا رجعة له، وإن كان ثلاث ما يملكه الأحرار من الطلاق، ولو قال للعبد بعد الواحدة ما للحر بعد الواحدة لا وهم بظاهر لفظه أن العبد والحر سواءٌ في العدد.

مسألة: قال[٢]: «والقولُ فيما يمكنُ فيهِ انقضاءَ العدةق قولها».

إذا طلقها رجعياً فادعت انقضاء عدتها لا يخلو إما: أن تكون من ذوات الإقراء أو الحمل أو الشهر، فإن كانت من ذوات الإقراء وهي التي تطهر وتحيض فذكرت أنها اعتدت ثلاثة أقراء لا يخلو، إما أن يمكن ما تقول أو لا يمكن، فإن كان ممكناً فالقول قولها، وأقل ما يمكن أن تنقضي عدتها إن كان الطلاق في حال الطهر في اثنتين وثلاثين يوماً [٧٤/أ] ولحظتين وهو أن يقع الطلاق بها وقد بقي من الطهر لحضة ثم ترى الدم فهذا قرء لأنه انتقال من طهر إلى حيض ثم لحيض أقل الحيض يوماً وليلة ثم تطهر أقل الطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلةً ثم تطهر خمسة عشر يوماً تصير اثنين وثلاثين يوماً ولحظة ثم تحيض فتلك اللحظة التي من الطهر والحيض هي اللحظة الثانية وليست هذه اللحظة في الحقيقة من العدة وتكن اثنتين به الطهر الذي هو القرء الثالث فالقرء الأول لحظة، والقرء الثاني خمسة عشر يوماً والقرء الثالث خمسة عشر يوماً وحصل بينهما حيضان يومان وليلتان، وقال القفال: إذا قلنا: في أحد الوجهين إن الانتقال من الطهر إلى الحيض بحسب قرء أن لا يحتاج إلى اللحظة الأولى ويحمل على أنها طلقت في آخر جزءٍ من أجزاء طهرها فحاضت عقيبه فيكفيها ذلك، وإذا قلنا: لا يحسب ذلك قرءاً فصادف طلاقها آخر أجزاء الطهر لا تنقضي عدتها إلا بثمانية وأربعين يوماً وساعة.

وإذا كانت أمةً فأقل ما يمكن أن يحصل لها قرآن ستة عشر يوماً ولحظتان على ما ذكرنا، وإن أقرت أن الطلاق وقع عليها في حال حيضها فأقل ما تنقضي عدتها فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة واحدة وهي أن يقع الطلاق في آخر جزءٍ من أجزاء حيضها فتدخل في الطهر عقيبه يكون أقل الطهر خمس عشر ثم تحيض أقل الحيض يوماً وليلةً

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٥٧)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٩٥).

(٢) انظر الأم (٨٨/٤).

ثم تطهر خمسة عشر يوماً يصير سبعة وأربعين يوماً ثلاثة أطهار وخمسة وأربعين يوماً وحيضان في يومين، فإذا رأت من الحيضة الثالثة لحظة حكما بانتقضاء عدتها [٧٤/ ب] وليست هذه اللحظة من العدة على ما بينا، وإن كانت أمةً فأقل ما ينقضي عدتها فيه أحد وثلاثون يوماً ولحظة على التقدير الذي ذكرنا.

فإذا تقرر هذا ينظر فإن صدقها زوجها فلا كلام، وإن كذبها فالقول قولها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين حلفت وحكمنا بأن العدة ما انقضت فإن كانت رجعية فله الرجعة وهذا لأنها، وإن كانت أمينة في العدة لا بد من اليمين عند دعوى الجناية كالمدع إذا ادعى تلف الوديعة وأنكره المودع لا بد من اليمين، ولو ذكرت ما لا يمكن وهو أنها ادعت انقضاء عدتها في أقل من هذه العدة بالأقراء لم يقبل قولها لأن العادة تشهد بكذبها فيما تدعيه، فإن انصرفت ثم عادت فأقرت بانقضاء عدتها فيما يمكن من وقت الطلاق يقبل منها مع اليمين والأصل في قبول قولها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فلولا أن يقبل لم تحرج بكتمانه وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإذا أداها يجب قبولها.

وقال القفال: هذا إذا لم يعرف عادتها أو عرفنا أن عادتها أقل الطهر وأقل الحيض، فإن عرفنا لها عادةً في الطهر والحيض أكثر من ذلك فيه وجهان، أحدهما: لا يقبل قولها في أقل من ذلك لأن الظاهر بخلاف ما قالت، قال الشيخ أبو محمد الجويني: هذا هو المذهب وهو قول علي بن أبي طالب وهو الصحيح عندي، وروي أن امرأةً رفعت إلى شريح القاضي كان زوجها طلقها وقالت: حضتُ ثلاث حيض في خمس وثلاثين يوماً فلم يدر ما يقول فيها فرفع إلى علي رضي اللّه عنه [٧٥/أ] فقال: اسألوا جارتها أو جارها فإن كان حيضها كذا انقضت عدتها، والثاني: يقبل لأن ما قالته ممكن والحيض والطهر يتغيران إلى زيادةٍ ونقصان وعليه أصحابنا بالعراق، وقال أبو حنيفة رحمه اللّه: إن طلقها في الطهر فأقل ما تمضي عدتها فيه ستون يوماً وساعة فيأخذ أقل الطهر وأكثر الحيض ويقدر الطلاق في آخر أجزاء الطهر فيحسب الحيض عشرة والطهر خمسة عشر والحيض عشرةً والطهر خمسة عشر، والحيض عشرة وذلك ستون يوماً ويحتاج إلى ساعةٍ يعرف فيه الطهر، وإن كان الطلاق في حال الحيض يزد فيه طهراً وهو خمسة عشر على تقدير أن الطلاق كان في آخر الحيض فيكون خمسة وسبعين يوماً وساعةً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر أقل الحيض وأقل الطهر كما تقول غير أنه يجعل الإقراء الحيض، وأقل الحيض عنده ثلاثة أيام فأحسب على ذلك فيعتبر تسعة وأربعين يوماً، وقال زفر: أقل ما يقبل قولها في العدة أربعة وسبعون يوماً لأنه اعتبر في أوله طهراً كاملاً، وإن كانت من ذوات الحمل فذكرت أنها وضعت ما تنقضي به العدة، فإن كان ممكناً فالقول قولها وأقل ما يمكن ذلك أن يكون بعد عقد النكاح وإمكان الوطئ ثمانون يوماً لأن الإنسان يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفةً ثم أربعين علقةً، فإذا

انقضت الثمانون فصور وتخلق فصار مضغةً مخلقةً يتبين فيه العين والأنف، فإذا قالت هذا في هذه المدة فالقول قولها، فإن صدقها فلا كلام، وإن كذبها فالقول قولها مع يمينها حرةً كانت أو أمةً لأن الاسقاط [٧٥/ب] أمرٌ يخفى وربما يخرج في موضع لا يحضرها شاهد وهذا هو الغالب فيقبل قولها فيه لهذا المعنى ولا يختلف فيه أصحابنا وإنما يقبل قولها فيما يتعلق بانقضاء عدتها فيه فقط، وأما في سائر الأحكام من مصيرها أم ولدٍ له أو وقوع طلاق لو كان الزوج علق الطلاق ونحو ذلك لا يقبل قولها فيه لأنها حق على غيرها.

وقال القفال: إذا قلنا: التخطيط التام شرطٌ في الولد ولا تنقضي العدة إلا بالمضغة بل يحتاج إلى مضي أربعة أشهرٍ من يوم النكاح فإنه يكون أربعين أخرى مضغة ثم ينفخ فيه الروح والأول أصح، وهذا إذا ادعت سقطاً فإن قالت: ولدت ولداً حياً فلا بد من أن يكون من يوم النكاح ستة أشهر، وقال أبو إسحاق في هذا: لا يقبل قولها لأنه يمكنها إقامة البينة على ولادتها الولد بخلاف السقط والحيض، وعامة أصحابنا على أنه يقبل قولها فيه وهو الأصح، فإن ذكرت هذا فيما لا يمكن فلم يقبل فرجعت ثم أقرت بعد ذلك فيما يمكن يقبل قولها الآن كما قلنا: في الإقراء فلا اعتبار بكذبها السابق، وإن لم تكذب نفسها فيما قالت وأصوب هل يقبل قولها فيما يمكن؟ وجهان: وإن كانت من ذوات الشهود فإذا ذكرت انقضاء عدتها لم يرجع إليها ولا إليه بل ينظر إلى وقت الفرقة فإن انقضى زمان العدة فقد انقضت العدة، وإن اختلفا فقالت: طلقتني في أول رمضان، وقال: في أول شوالٍ فالقول قوله لأن الأصل بقاءُ النكاح، وإن كان بالضد من هذا فقالت: في أول شوال وقال: بل في أول رمضان [٧٦/أ] قبلنا قولها على نفسها في تطويل عدتها لأنها تدعي ما يضرها وإن وقع الطلاق عليها في حالة النفاس فحكمه عندنا كما لو وقع في خلال الحيض ووافقنا في هذا أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا يقبل قولها في أقل من مائة يوم لأن عنده إذا عاودها الدم في مدة الأربعين يكون دم نفاس فلا يتصور الحيض فيها ويتصور الطهر فيحتمل أنها قد رأت طهراً في مدة الأربعين فيحتاج بعدها إلى ثلاث حيض وطهرين.

مسألة: قال(١): «وهي محرمةٌ عليهِ تحريمَ المبتوتةِ».

إذا طلقها طلقةً أو طلقتين بعد الدخول حرمت عليه تحريم المبتوتةِ فلا يحل له وطئها ولا النظر إليها بشهوة ولا بغير شهوةٍ وبه قال مالك وقال عطاء بن أبي رباح وعمرو بن دينار: لا يحل له منها شيء أراد أن يحلفها أو لم يرد، وروي عن ابن عمر أنه طلق امرأته وكان طريقه إلى المسجد في مسكنها فكان يسلك الطريق الأخرى كراهية أن يستأذن عليها حتى يراجعها(٢). وقيل: كان له منها ابن وكان يرى حقاً أن لا يدخل

---

(١) انظر الأم (٤/٨٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٨٦)، وفي «معرفة السنن» (٤٥٠٣).

على ابنه حتى لا يخلو بها، وقال أبو حنيفة، الرجعية مناخةُ الوطءِ ووافقنا في تحريم الخلوة ولكنه أول الدليل على تحريم الوطئ ويفصلون في الخلوة بين أن يريد مراجعتها ولا يريد ذلك، ولا يفصلون في الوطئ لأنه يحصل به الرجعة دون الخلوة، وعن أحمد في تحريم الوطئ روايتان والدليل على تحريم وطئها أنها حار به إلى بينونة فكانت محرمة الوطئ كما لو أسلمت والزوج كافرٌ.

مسألة(١): [٧٦/ب] قال: «ولمّا لمْ يكنْ نكاحٌ ولا طلاقٌ إلا بكلامٍ فلا تكونُ الرجعةُ إلا بكلامٍ».

عندنا لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة كالنكاح سواءً، فأما الأخرس يراجع بالإشارة كما يعقد النكاح، فأما الفعل من الوطئ ومثله ولمس لا تصح الرجعة بحال وبه قال أبو قلابة من التابعين وأبو ثور وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد: تصح الرجعة بالوطئ وزاد أبو حنيفة فقال: ويحصل أيضاً بالقبلة واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة، فإن لم يكن بشهوة فلا يحصل الرجعة، وقال مالك: إن نوى الرجعة بالوطئ كانت رجعةً وإلا فلا، وهذا غلط لأنه فعل ممن يصح منه القول فلا تقع به الرجعة كالقبلة بغير شهوة وأيضاً ما احتج به الشافعي رضي اللّه عنه وهو أنه لما لم يصح النكاح والطلاق إلا بالكلام فكذلك الرجعة، وحرره أصحابنا فقالوا: ما يقطع به الزوج عدتها ويردها إلى صلب النكاح فكذلك بالكلام كالنكاح الجديد.

فإذا تقرر هذا فالقول الذي تصح به الرجعة هو أن يقول: راجعتها أو ارتجعتها أو رددتها إليَّ وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة، وزاد القفال لفظة رابعةً فقال: وهو أن يقول: رجعت قال: وهل يحتاج إلى أن يقول رددتها إليَّ؟ وجهان: أصحهما: أنه شرط لنص الشافعي إليَّ، والثاني: يكفي أن يقول: رددتها وهو الأقيس وقيل: الصريح لفظتان راجعتك وارتجعتك وهما واحد والثانية: رددتك أو ارددتك وذكر الربيع قولاً مخرجاً في رددتك أنه لا يكون صريحاً لأن الشافعي [٧٧/أ] لم يذكره في القديم والإملاء وقد أنكره أصحابنا والدليل على أنه صريح إن الشرع ورد بما ذكرنا، قال اللّه تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:٨٢٢] وقال النبي ﷺ في حديث ابن عمر: «مُره فليراجعها»(٢)، قال أصحابنا والأولى أن يقول: راجعتك من الطلاق أو النكاح أو رددتك إليَّ زوجتي فإن لم يقل ذلك جاز.

فرع

لو قال: أمسكتك فالذي نص عليه في كتبه أنه لا يكون صريحاً وفيه قول آخر: أنه صريح في الرجعة لأن الشرع ورد به قال اللّه تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ١٣٢]،

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٨).

(٢) تقدم تخريجه.

وقال أبو حامد: فيه وجهان قال الاصطخري: يكون صريحاً، وقال غيره: لا يكون صريحاً لأنه استباحة بضع مقصود في عينه فيقف على كلمتين كالنكاح، والأول أصح وبه قال ابن أبي أحمد وهو الأقيس عندي وإذا قلنا: لا يكون صريحاً لا شك أنه كناية، فإذا نوى الرجعة يصير مراجعاً لأنه اسم يصلح للاستبقاء على النكاح قال اللّه تعالى: ﴿أَمۡسِكۡ عَلَيۡكَ زَوۡجَكَ﴾ [الأحزاب: ٧٣]، هكذا ذكر أصحابنا، وقيل: لا تصح الرجعة بالكناية كالنكاح والأصح الأول عندي إذا قلنا: لا يعتبر فيه الإشهاد بخلاف النكاح فيعتبر فيه الشهود ولا يطلعون عليه وقيل: أمسكتك لا يكون صريحاً ولا كناية.

فرع آخر

لو قال: نكحتك أو تزوجتك فيه وجهان، أحدهما: يكون رجعة وهو اختيار بعض أصحابنا بخراسان، والثاني: لا يكون رجعةً وهو ظاهر المذهب لأنه لفظ يعقد به ما يقتضي عوضاً فلا يعقد به ما لا يقتضي به عوضاً كالهبة بلفظ النكاح وقيل فيه أوجه، أحدها: لا تصح به الرجعة أصلاً، والثاني: صريح فيها، والثالث: كناية فيها. [٧٧/ ب]

فرع آخر

لو عقد عليها نكاحاً جديداً قال الماسرجسي وجماعة: يحل له لأن العقد آكد في الإباحة، ألا ترى أن الشفيع لو اشترى الشقص بيت بشفعته لأن الشراء آكد في الطلب من الأخذ بغير عقد ومن أصحابنا من قال: لا تصح به الرجعة وهو اختيار ابن أبي أحمد لأن الشرع لم يرد به.

فرع آخر

قال في «الأم»[(١)]: لو قال لها وهي في العدة من طلاقٍ: إذا كان غدا فقد راجعتك، أو إذا كان يوم كذا فقد راجعتك، أو إذا قدم فلان فقد راجعتك، أو إذا فعلت كذا فقد راجعتك وكان كل ما قال: لم يكن رجعةً، فإن قال قائل: لم لا تكون رجعة كما إذا قال: إذا كان غداً فأنت طالقٌ كان طلاقاً قيل: لأن الرجعة ليست من جنس الطلاق وإنما هي من جنس النكاح لأنها تحل له بالمراجعة كما تحل له بالنكاح في ابتداء الأمر.

فرع آخر

قال في «الأم»[(٢)]: لو قال قد جعلت مراجعة امرأتي في يدك يا فلان لم يجز، ولو قال: قد وكلتك أن تزوجني فلانة جاز فالمراجعة في حال أصعب من النكاح وهذا يدل على أن التوكيل في الرجعة لا يجوز عنده.

فرع آخر

قال[(٣)]: لو قال لها: إن شئت فقد راجعتك فقالت: قد شئت لم تكن رجعةً حتى

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

يحدث بها رجعةً بخلاف ما لو قال: إن شئت فأنت طالق وهذا لأنه عقد فلا يتعلق بالصفات.

فرع آخر[1]

لو قال لها في العدة: قد راجعتك أمس أو يوم كذا يوم ماضٍ بعد الطلاق كانت رجعية يريد به أن الرجعة يحكم بها لإقراره بها، ولو قال: رفعتَ الحرمة بيننا، قال الشيخ سنحي: يكون رجعة ولا ينحصر لفظ الرجعة وهذا لا يصح لأنه تختص باللفظ الشرعي تعبداً وهو قول عامة أصحابنا. [٧٨/أ]

فرع آخر

قال: لو قال: كلما طلقتك فقد راجعتك فمتى طلقها لا تكون مراجعة لما ذكرنا.

فرع آخر

قال[2]: لو قال لها: راجعتك بالمحبة أو راجعتك بالأذى أو راجعتك بالكراهة أو راجعتك بالهوان سئل فإن أراد الرجعة وقال: راجعتك بالمحبة مني لك أو راجعتك بالأذى في طلاقك كان رجعة، وإن قال: أردت قد رجعتُ إلى محبتك بعد بغضك أو إلى أذاك كما كنت أو ما أشبه ذلك لم يكن رجعةً، قال أصحابنا: وإن قيل: أن يبين كانت رجعة لأن قوله راجعتك صريح فيها وقوله بالمحبة علة للمراجعة في الظاهر وهو قوله أنت طالق لرضاء زيدٍ ولم يبين، يحمل على التعليل ووقع الطلاق في الحال.

فرع آخر

لو قال: قد اخترت رجعتك أو قد شئت رجعتك، فإن أراد به قد اختار أن يراجعها من بعد لم تكن رجعة، وإن أراد الرجعة في الحال وأنه قد اختار بذلك عقدها فيه وجهان، أحدهما: يصح لأن اختيار الرجعة أوكد في صحتها، والثاني: لا يصح لأنه لما صار محتملاً يسئل عنه خرج عن حكم الصريح إلى الكناية والرجعة لا تصح بالكناية.

فرع آخر

لو لم يذكر اسمها وكانت غائبة وقال: راجعتها صحت الرجعة إذا قلنا: لا يجب الاشهاد وإذا قلنا: لا بد من الإشهاد لا تصح الرجع.

مسألة: قال[3]: «فإنْ جامعها نوىٰ الرجعةَ أو لا ينو بهَا فَهوْ جماعٌ شبههٍ».

الفصل

قد بينا أن الرجعة محرمة الوطئ وأنه إذا وطئها لا تحصل به الرجعة، فلو وطئ فالكلام فيه في أربعة أشياء، في الحد والتعزير والمهر والعدة، فأما الحد: لا يجب

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).
(٣) انظر الأم (٤/ ٨٨).

على واحدٍ منهما عالمين كانا بالتحريم [٧٨/ب] أو جاهلين به معتقدين إباحته أو تحريمه لأنه وطئ مختلف في إباحته فأشبه الوطئ في نكاح الشغار والمتعة، وأما التعزير: فإن كانا يعتقدان تحريمه عالمين به عزرا، وإن كانا يعتقدان إباحته أو جهلا الإباحة عزرا، وإن كان أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلاً عزر العالم والجاهل، وأما المهر: فلا يخلو إما أن يراجعها أو لا يراجعها فإن لم يراجعها في العدة يلزمه المهر قولاً واحداً، وإن راجعها قال الشافعي[1] رحمة الله عليه: هاهنا لها صداق مثلها وأطلق من غير تفصيل فظاهره أنه لا يسقط ذلك بالرجعة، وقال في المرأة إذا ارتدت فوطئها زوجها ثم رجعت إلى الإسلام في العدة لا مهر لها فقيل: فيهما قولان، وقيل: هما على ظاهرهما وقد بينا هذا في كتاب النكاح.

فإن قيل: إيجاب المهر هاهنا يؤدي إلى إيجاب مهرين في نكاح واحدٍ قلنا: هذا المهر الثاني وجب بوطئ الشبهة دون العقد كما إذا أبانها ثم وطئها بشبهةٍ يجب المهر، فإن قيل: الرجعية عندكم بمنزلة الزوجة في صحة الظهار والإيلاء ولحوق الطلاق فلم يلزم المهر وطئها قلنا: لأن حكمها حكم الأجنبيات في تحريم الوطئ وهذا يحتاج إلى المراجعة، وإذا راجعها ملك وطئها من حين الرجعة فأوجبنا المهر لها لهذا، فإن قيل: أليس المحرمة والمظاهر عنها يحرم وطئها ولا يجب المهر وطئها؟ قيل: التحريم هاهنا بالطلاق المزيل للملك في موضوعه، فإذا لم يزل أصل الملك هاهنا وحرم الوطئ بشبهة كان ذلك لزوال الملك عن الوطئ بخلاف الإحرام والظهار.

فإن قيل: إذا زال ملكه عن الوطئ ينبغي أن يزول النكاح لأن النكاح لا يصح على ما لا يملك وطئها قيل: هذا في الابتداء دون [٧٩/أ] الاستدامة ولهذا لا يزول النكاح ينظر بأن الردة والعدة، وإن كان لا تصح عند مقارنة الردة والعدة وقيل: هل يزول الملك بالطلاق الرجعي؟ أقوال الثالث موقوف، فإن لم يراجع بينا زوال الملك بالطلاق وهذا يزول واعتذر عن الميراث فأنه يثبت بعد زوال الزوجية فيكفي لثبوته أن يكون في قهره، وقال: لو قال: زوجاتي طوالق لا يقع على الرجعية في وجهٍ وهذا كله خلاف النص، وأما العدة: فإن كان قد مضى لهذا قرءان ثم وطئها وجب بهذا الوطئ ثلاثة أقراءٍ أولها: هذا القرء الثالث فتعتد بخمسة أقراءٍ قرآن قبل الوطئ والقرء الثالث تعتد عن الوطئ والطلاق معاً، وإنما تداخلا لأنهما لرجل واحد فإذا مضى هذا الثالث بقي قرءان من عدة الوطئ، فأما الرجعة فله أن يراجعها ما لم تنقض عدة الطلاق وهو إلى انقضاء القرء والثالث فإذا انقضى القرء الثالث سقطت الرجعة لأنها تبين بانقضاء الثالث ويبقى بعد الثالث قرءان عن الوطئ لا يجوز أن يراجعها فيهما لأنها بائن ولا يحل لغيره نكاحها قبل انقضاء العدتين معاً لأنها معتدة فلا ينكحها غير زوجها في العدة، ولو حبلت من هذا الوطئ تكون عدة الوطئ بالشبهة بالحمل، وهل يدخل عدة الطلاق فيها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

قال القفال: فيه وجهان، أحدهما: تدخل فإذا وضعت الحمل انقضت العدتان ويصح رجعته فيها، والثاني: لا تدخل ولكن تعدم العدة بالحمل ثم إذا وضعت تتم باقي عدة الطلاق، وهل يصح رجعته في العدة بالحمل؟ وجهان، أحدهما: له ذلك لأن له عليها عدة الطلاق وهو الأصح، والثاني: لا رجعة له فيها لأنها عدة الوطئ [٧٩/ب] بالشبهة وتصح رجعته في القرء الثالث بعد وضع الحمل.

مسألة: قال[١]: «ولو أشهدَ على رجعتِهَا ولا يعلمُ بذلكَ وانقضتْ عدتُهَا».

الفصل

إذا طلقها طلقة رجعية كان له أن يراجعها سواء كانت حاضرةً أو غائبة عالمةً أو جاهلةً بها راضيةً أو غير راضية بها، فإن كانت غائبة فراجعها صحت الرجعة، فإن لم تعلم قضت العدة على ما عرفته من الطلاق ثم تزوجت بعد العدة بغير الأول ثم جاء الأول وادعى أنه كان قد راجعها، وأن الثاني تزوج بها بعد الرجعة لا يخلو، إما أن يكون معه بينة أو لا بينة معه، فإن كان معه بينة بما يدعيه صحت الرجعة وحكمنا ببطلان النكاح ورددنا إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل كما لو أنكحها وليان فالأول أحق وأورد الشافعي على هذا الخبر وهو قوله ﷺ: «إذا أنكح الوليان فالأول أحق»[٢] وقصد به الرد على مالكٍ فإنه قال: إذا دخل بها الثاني هاهنا فالنكاح له كما قال في الوليين: إذا أنكحاها من رجلين ودخل الثاني بها فالنكاح له، وروي هذا عن عمر رضي اللّه عنه.

وإن لم يكن دخل بها فعن مالكٍ روايتان أحدهما: الثاني أحق والثانية الأول أحق، لأن الرجعة قد صحت فإذا تزوجت وهي زوجة الأول لم يصح نكاحها بحال كما لو لم يطلقها، وأما أثر عمر رضي اللّه عنه مقابل بما روي عن علي رضي اللّه عنه أنه سئل عن امرأة نكحت بعد انقضاء عدتها فأقام الزوج الأول بينةً أنه راجعها في العدة فقال هي امرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل[٣] فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها حلت للأول في الحال ولا شيء على الثاني، وإن كان قد دخل بها [٨٠/أ] فهي حرام على الأول حتى تنقضي عدتها من الثاني لأنها ليست منه كما لو وطئت بشبهة وهي تحته وجبت عليه العدة وحرمت عليه في زمان العدة حتى تنقضي.

قال أصحابنا: ويحرم عليه قبلتها ولمسها بشهوة أيضاً ويلزم لها مهر مثلها، وإن لم يكن معه بينة فالخصومة مع اثنين مع الزوج الثاني ومعها أيضاً فالأولى أن يبتدي بخصومة الثاني ثم بخصومتها، فإذا بدأ الخصومة للثاني فادعى عليه أنه راجعها وأنه

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٩).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٧/ ٢٦٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٧٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٣٧٩٤، ١٣٧٩٥).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٨٧)، وفي «معرفة السنن» (٤٥٠٥).

نكحها بعد المراجعة لم يخل الثاني من أحد أمرين، إما أن يقر أو ينكر، فإن أقرَّ: زال النكاح في حقه كما لو اعترف أنها اخته من الرضاعة ومن اعترف بانفساخ النكاح في حقه لم يسقط المسمى من المهر فإن كان قبل الدخول فلها نصف المسمى وإن كان بعده فلها كمال المسمى، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه على العلم لأن الظاهر معه والأول يدعي إحداث رجعة لا يعلم بها الثاني، فإن حلف سقط دعوى الأول، وإن نكل حلف الأول فإن حلف فسخنا النكاح الثاني ثم نظر في المرأة فإن كانت مصدقة للزوج الأول سلمت إليه وكان لها على الثاني مهر المثل إن كان قد دخل بها كما ذكرنا إذا قامت البينة، وإن كانت منكرةً لم يقبل قول الزوج الثاني عليها ولزمه مهرها المسمى إن كان قد دخل بها أو نصف المسمى إن لم يكن دخل بها، وإن نكل الثاني عن اليمين وحلف الأول هل تحل يمين المدعي مع نكول المدعى عليه بحل البينة على المدعى عليه أو يحل إقرار المدعى عليه؟ قولان: فإذا قلنا: أنها كالبينة فإنما هي كالبينة في حق الثاني وحده لأنه هو الذي نكل دونها فلا يؤثر في مهرها، وإن قلنا: إنها كالإقرار فالثاني كأنه أقر بانفساخ النكاح فيقبل قوله على نفسه [٨٠/ب] ولا يقبل قوله في المهر عليها وهذا كله خصومة مع الزوج الثاني فبعد ذلك بينه وبينها وكانت كالمطلقة التي لم تتزوج بعد، وقال ابن الجويني الإمام: المذهب أنه لا تدعي على الزوج الثاني لأنه لا يد له عليها وهو خلاف النص، فإذا ادعى عليها الرجعة لا يخلو، إما أن تقر أو تنكر فإن أقرت فهي زوجته، وإن أنكرت فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل أنه لا رجعة ثم لا يخلو، إما أن يحلف أو تنكل، فإن حلفت سقطت دعوى الأول، وإن نكلت حلف الأول وكانت زوجته فإن كان الثاني ما دخل بها حلت في الحال له وإن كان قد دخل بها لم تحل له حتى تنقضي العدة من الثاني وهكذا إذا صدقة الزوج الثاني لما قدمه إلى الحاكم وادعى عليه هذا إذا بدأ بخصومته.

فأما إن بدأ بخصومتها وادعى عليها الرجعة لا يخلو إما أن تقر أو تنكر فإن أقرت لم يقبل قولها على الثاني ولا يفسخ نكاحه لأنه قد تعلق به حق الزوج الثاني وتكون الخصومة بينهما على ما بيناه، وهل يجب عليها مهرها للزوج الأول؟ قال ابن أبي هريرة: يحتمل وجهين، أحدهما: يجب لأنها قرنت بضعها عليه، والثاني: لا يجب والأصح الأول، وإن أنكرت فالقول قولها وهل يختلف فيه قولان وقيل: وجهان، أحدهما: أنها لا تحلف لأنها لو أقرت خوفاً من اليمين لم يقبل إقرارها، والثاني أنها تحلف وهو الأصح لأن فيها فائدة وهو أن تقر خوفاً من اليمين فيكون عليها للأول مهر مثلها، فإذا قلنا: القول قولها بغير يمين فلا كلام.

وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: لا يمين عليها إذا أنكرت ولا مهر عليها إذا صدقت لا تسمع الدعوى عليها لأنه لا يفيد شيئاً، وإذا قلنا: القول قولها [٨١/أ] مع يمينها فإن حلفت سقطت دعوى الأول، وإن نكلت حلف الأول وعليها له مهر مثلها على ما ذكرنا، فإذا فرغ من خصومتها عاد إلى الثاني فيخاصمه والخصومة بينهما على ما ذكرنا

إذا بدأ بخصومته لأن خصومته لا يختلف سواء بدأ به أو بها وإنما حكم خصومتها يختلف بالبداية بها قبله أو بعده وكل موضع قلنا لا يقبل قولها على الثاني لتعلق حقه فمتى بانت من الثاني بطلاق أو فسخ أو موت حلت للأول بغير نكاح لأن هناك نكاحاً قائماً ورجعة مدعاة تحل له بذلك فإذا زال المانع عادت إلى ذلك الأصل.

مسألة: قال(١): «وإنْ ارتجعَ بغيرِ بينةٍ وأقرتْ بذلكَ فهِي رجعةٌ وقالَ: ينبغيْ أنْ يشهَد».

هذه مسألة مستأنفة لا تعلق لها بالأول لأنا قد بينا أن إقرارها لا يقبل في حق الثاني إذا تزوجت والقصد به أن الإشهاد على الرجعة مستحب ولا تجب وهو قوله في القديم والأم(٢)، وهو الأصح وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد في رواية، وقول الشافعي المسألة قبلها، ولو أشهد على رجعتها لأجل إثبات ما يدعيه عند نكاحها لا لأنه شرط فلا تناقض بين التعيين، وقال في «الإملاء»: هو واجب، ويحكى هذا عن مالك واحتج بأنه استباحةُ بضع مقصود في عينه فكان من شرطه الشهادة كالنكاح، وهذا غلط لأنه عقد ليس من شرطه الولي فلم يكن من شرطه الشهادة كالبيع وعليه النكاح، فإذا قلنا: أنه شرط واجب يحتاج أن يشهد على نفس الرجعة فإن راجع بغير شهود ثم قال بعد ذلك بحضرة شاهدين: كنت راجعت لا يصح لأنه يكون إشهاداً على الإقرار بالرجعة إلا أن يقول [٨١/ب] اشهدا أني راجعتها لا يضيف ذلك إلى زمان مضى فيكون ذلك ابتداء رجعةٍ وقال عمران بن الحصين في رجلٍ طلق ولم يشهد وراجع ولم يشهد: طلق في غير سنةٍ وراجع في غير سنةٍ فليشهد الآن(٣)، وإذا قلنا: لا يجب فإن راجع بشاهدين فقد أحسن، وإن راجع من غير شهادةٍ ثم أشهد على إقراره بها شاهدين كان محسناً أيضاً لئلا يجحد المراجعة بعد وجودها.

فرع

لو شك في طلاق امرأة قد ذكرنا فيما تقدم حكمه، وقال سفيان: يلزمه الرجعة وهذا غلط لأن الطلاق عند الشك ملغى فلا يلزمه حكمه، وحكى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: جاء رجلٌ إلى أبي حنيفة وقال: لا أدري أطلقت امرأتي أم لا، فقال: هي امرأتك فذهب إلى سفيان الثوري فقال: راجعها لا تضرك الرجعة فذهب إلى شريك بن عبد اللّه فقال: طلقها ثم راجعها فجاء إلى زفر بن الهذيل فأخبره بمقالتهم فقال زفر: أما أبو حنيفة فأفتاك بالفقه، وأما سفيان فأفتاك بالورع والاحتياط، وأما شريك فاستضرب لك مثلاً فيه مثله مثل رجلٍ مرّ بمثقبٍ فسأل عليه منه، فأما أبو حنيفة قال: ليس عليك شيء حتى تستيقن أنه بخسٌ، وأما سفيان أمره بغسله، فإن كان طاهراً لم يضره الغسل، وإن كان نجساً فقد غسله، وأما شريك قال بُلْ عليه ثم اغسله.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٨٩ ـ ٩٠). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥١٨٩)، وفي «معرفة السنن» (٤٥٠٨).

مسألة: قال(١): «لو قالَ: قَدْ راجعتكِ قبلَ انقضاءِ عدتكِ وقالتْ: بعدُ فالقولُ قولها».

إذا طلقها طلاقاً رجعياً ومضت مدة يمكن انقضاء عدتها فيه فقال لها: ارتجعتك اليوم وقالت هي: قد انقضت عدتي أمس قال الشافعي: فمتى الرجعة؟ في «الأم»(٢) ونقله المزني [٨٢/أ] القول قولها، وقال المزني: إذا لم يقرا معاً بانقضاء العدة حتى ارتجع فقد صارت امرأته فلا أقبل قولها عليه، واختلف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريج وأبو إسحاق: وهو اختيار أبي حامدٍ في هذا ثلاث مسائل، أحدها: أن تسبق هي الإخبار فتقول: قد انقضت عدتي اليوم فقال وأنا راجعتك أمس فالقول قولها لأنها مؤمنة فيما أخبرت فإذا أخبرت، حكمنا بانقضائها وأنها بانت، وقوله قد كنت راجعتك أمس خلاف الظاهر فلا يقبل قوله عليها ويحلف لأن ما يدعيه الزوج ممكن، والثانية: أن يسبق هو فقال: راجعتك اليوم فقالت: انقضت عدتي أمس فالقول قوله كما قاله المزني لأنه لما راجعها حصلت زوجته في الظاهر وقولها قد كانت انقضت عدتي أمس خلاف الظاهر فلا يقبل قولها، قال الماسرجسي: هذا هو المذهب الصحيح، فإن رأيتم للشافعي قولاً يخالف هذا فهو مطلق متاوَلٌ على ما ذكرناه وهذا كما لو بدأ الوكيل فقال: بعت السلعة بوكالتك وقال الموكل: فسخت وكالتك قبل بيعك فالقول قول الوكيل، وإن سبق الموكل فقال: فسخت وكالتك وقال الوكيل: بعت قبل فسخك فالقول قول الموكل. والثالثة: أن يقول: قد راجعتك وقالت في زمان هذا القول منه قد انقضت عدتي فوقع إخبارها ومراجعته في وقت معاً أو قالت: انقضت عدتي فقال الزوج جواباً لها: قد راجعتك قبل انقضاء عدتك أو قال: راجعتك في عدتك فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي قبل رجعتك فيكون في حكم الدعوى سواء ولا يقوى قول من سبق منهما بالدعوى إذا أجيبت بالإنكار لأن حكم قوله لم يستقر، وإذا كانا كذلك فصار فيه مستويين فالقول حينئذٍ [٨٢/ب] على هذا قول الزوجة دون الزوج لأنها جاز به في فسخ وقولها في حيضتها مقبول، وذكر القفال مثل هذا وقال: إذا قال: راجعتك قبل انقضاء عدتك فقالت ارتجالاً من غير فصل انقضت عدتي قبل مراجعتك يجعل كأنهما وقعا معاً ويجعل كأن عدتها انقضت قبيل إخبارها والحكم ما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانا معاً يقرع بينهما فإن خرجت القرعة له فالقول قوله مع يمينه، وإن خرجت القرعة لها فالقول قولها مع يمينها لأنهما استويا في الدعوى فلا تمييز إلا بالقرعة وهذا ليس بشيء، وقال ابن أبي هريرة: ما قاله أبو إسحاق لا يصح لأن ظاهر كلام الشافعي في المختصر بخلافه لأن الزوج سبق بالرجعة وجعل القول قولها ثم قال مرةً أخرى: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: القول قولها بكل حالٍ، والثاني:

---

(١) انظر الأم (٤/ ٩٠).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٨).

القول قوله بكل حالٍ، والثالث: يجمع من قوليهما فيقبل قوله في الرجعة وقولها في انقضاء العدة ولا يعتبر السبق بالدعوى، وقال بعض أصحابنا: فيه ثلاثة طرق، أحدها: وهو اختيار القاضي الطبري والقاضي أبي حامد فيه قولان، والأصح أن القول قولها لأن إقامة البينة على انقضاء العدة متعددة وعلى الرجعة ممكنة، والثاني: ما قاله ابن سريج وأبو إسحاق، والثالث: أشار إليه المزني واختاره الداركي أنهما إن اتفقا في وقت انقضاء العدة واختلفا في وقت الرجعة كأن قال: راجعتك في شعبان وانقضت عدتك في رمضان وقالت: انقضت عدتي في رمضان وراجعتني في شوال فالقول قول الزوج لأن اختلافهما في الرجعة دون العدة والرجعة من فعله فيقول والله لقد راجعتك قبل انقضاء عدتك وتكون يمينه على القطع لأنها يمين إثباتٍ [٨٣/أ] وإن اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في انقضاء العدة كأنها قالت: انقضت عدتي في شعبان وراجعتني في رمضان فقال الزوج: راجعتك في رمضان وانقضت عدتك في شوال فالقول قول الزوجة مع يمينها لأنه خلاف في انقضاء العدة لا في وقت الرجعة.

فرع آخر

إذا قلنا: القول قولها فأقرت بعد ذلك بالرجعة قبل إقرارها وكانت زوجة له كمن أقر بعدما جحد يقبل إقراره فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما لو أقرت برضاع بينها وبين رجل ثم نكحته لا يجوز، وإن رجعت عن إقرارها وكذلك نص الشافعي في «الإملاء» على أنه لو زوجها أخوها فادعت أنها ما أذنت فيه فالقول قولها وبطل النكاح، فلو رجعت وأقرت بأنها كانت قد أذنت لم يحل له إلا بنكاح جديدٍ، قلنا: الفرق أنها لا تقر برضاع إلا عن علم وأصل فلا يقبل تكذيبها نفسها وهاهنا ينكر رجعته على ظاهر بحال وتنفي فعل الغير فيجوز أن يثبت عندها فعله فتقر به ولأن ذلك تحريم مؤبد وهاهنا قد تحل له بعقدٍ فجاز إن تقدم بثبوت الرجعة فنصدقها وهذا ضعيف والفرق الأول أولى، وأما المسألة الثانية: فالفرق أنه ليس هناك نكاح يستند إليه إقرارها بعد إنكارها وهاهنا نكاح ثابت تستند إليه الرجعة والأصل بقاء ذلك النكاح فبان الفرق بينهما، ولو ادعت أنه طلقها فنكل عن اليمين فردت اليمين إليها فحلفت ثم كذبت نفسها لا يقبل وإن احتمل لأنه استند قولها أي ثبت باليمين.

فرع آخر

لو قالا: نعلم وجود الرجعة وإقرارها بانقضاء العدة ولا نعلم أيهما أسبق قال القفال: الأصل بناء العدة وثبوت الرجعة وهذا عندي صحيح على قياس [٨٣/ب] قول أبي إسحاق، فأما على ظاهر المذهب ينبغي أن يكون القول قولها لأن الأصل بناء التحريم وأن لا رجعة.

فرع آخر

قال في «الأم»[١]: لو قال بعد انقضاء العدة: كنت راجعتك في العدة وصدقته فالرجعة ثابتة فإن كذبته بعد التصديق أو كذبته قبل التصديق ثم صدقته كانت الرجعة ثابتة، وكذلك لو ادعت أنه طلقها ثلاثاً ثم كذبت نفسها حل لها الاجتماع معه.

فرع آخر

قال[٢]: لو قال: قد أعلمتني بأن عدتها قد انقضت ثم راجعتها لم يكن هذا الإقرار بأن عدتها قد انقضت فإن قالت بعد هذا: ما انقضت عدتي كانت الرجعة ثابتةً لأنها قد تكذب فيما أعلمت به.

فرع آخر

قال[٣]: لو كانت زوجته أمة فصدقته كانت كالحرة في هذا فلو كذبه مولاها لم أقبل قوله لأن التحليل بالرجعة والتحريم حق لها وذكر في الشامل: أن الذي يجيء على المذهب في الموضع الذي قلنا: القول قول الحرة القول قول السيد والزوج وبه قال أبو يوسف ومحمد: إن النكاح حق للسيد ولهذا يثبت بإقراره فكذلك الرجعة ويخالف انقضاء العدة لأنه لا طريق إلى معرفتها إلا من جهتها، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد: القول قولها أيضاً وهذا غلط على المذهب والنص الذي ذكرنا حكاه أصحابنا.

فرع آخر

قال[٤]: ولو كانت امرأته صبية لم تحض أو معتومة فقال زوجها بعد انقضاء عدتها قد راجعتها في العدة لم أصدقه إلا ببينة تقوم له سواء صدقه وليها أو لا وسواء كان وليها أباً أو غير أب.

فرع آخر[٥]

لو كانت صحيحةً فعرض بها مرضٌ أذهب عقلها ثم قال بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها [٨٤/أ] في العدة لم تكن زوجته، وإن أفاقت فصدقته كانت زوجته بالإقرار وكانت الرجعة عليها ثابتة.

مسألة: قال[٦]: «ولو دخلَ بها ثَم قالَ: أصبتكِ وقالتْ: لم تصبني».

الفصل

قال: إذا طلقها طلاقاً رجعياً بعد أن خلا بها ثم اختلفا في الإصابة فقالت: طلقتني قبل الإصابة فلا عدة عليَّ ولا رجعة لك، وقال: بل طلقتك بعد الإصابة فعليك العدة ولي الرجعة فالقول قولها ولا رجعة لأن الظاهر أنها بانت بالطلاق والأصل أن لا

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٨).
(٢) انظر الأم (٥/٢٢٨).
(٣) انظر الأم (٥/٢٢٨).
(٤) انظر الأم (٥/٢٢٨).
(٥) انظر الأم (٥/٢٢٨).
(٦) انظر الأم (٤/٩٠).

إصابة، فإذا حلفت لا عدة ولا رجعة ولا نفقة ولا سكنى لها، وأما المهر إن كان مقبوضاً فلا شيء له فيه لأنه لا يدعيه، وإن لم يكن مقبوضاً فلها نصفه، وإن كان مقراً أن كله لها لأنها لا تدعي أكثر من نصفه ومعنى قوله هاهنا دخل بها إلى خلا بها، فإن قيل: أليس إذا ادعى العنين أنه أصابها وأنكرت فالقول قوله إذا كانت ثيباً فما الفرق قلنا: لأن الأصل بقاء النكاح وثبوته والمرأة تدعي معنى يزيله فكان القول قوله بخلاف هاهنا.

قال بعض أصحابنا: هذا على قوله الجديد، فأما على قوله القديم أن الخلوة موجبة لأحكام الوطئ من العدة وتقرير المهر أو دلالة على الإصابة فالقول قول من يثبت الإصابة فتثبت العدة والرجعة، وقال في «الحاوي»[1] في الخلوة: ثلاثة أحوال، أحدها: قوله القديم أنها كالإصابة في المهر والعدة واستحقاق النفقة والسكنى: وهل تكون كالإصابة في ثبوت الرجعة؟ وجهان: والأظهر ثبوتها، والثاني: وجودها لعدمها فلا حكم لها. والثالث: قاله في «الإملاء» وبه قال مالك هي كاليد لمدعي الإصابة منهما. [٨٤/ ب]

مسألة: قال[2]: «ولو قالتْ: أصابني وأنكرَ فعلِهَا العدةُ».

الفصل

إذا ادعت هي الإصابة وأنكرها الزوج فالقول قوله ولا رجعة له ولا نفقة لها ولا سكنى وعليها العدة لاعترافها، وأما المهر فلها نصفه فإن كان في يده أعطاها ذلك، وإن كان مقبوضاً ردت النصف لأنه يدعيه وقد حلف عليه هذا على قوله الجديد على ما ذكرنا.

مسألة: قال[3]: «ولو ارتدت بعدَ طلاقِهَا فارتجعَها مرتدةً فِي العدةِ لمْ تكنْ رجعةٌ».

الفصل

إذا طلقها طلاقاً رجعياً فارتدت في العدة فراجعها وهي مرتدةً فالرجعة باطلة لأن الرجعة يمنعها عن أن يجري إلى بينونة والردة يجريها إليها فتنافيا فلم تصح، وقال المزني: الرجعة موقوفة فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة تبين أن الرجعة صحيحة، وإن أقامت على الردة حتى انقضت العدة تبينا أن الرجعة باطلة وهذا غلط لأن استباحة بضع مقصود في عينه فلا يصح في حال الردة كالنكاح، واحتج المزني على هذا بالطلاق أنه إذا طلقها في الردة كان موقوفاً فكذلك الرجعة قلنا: الطلاق رفع النكاح فيلائم معنى الردة لأنها موجبة للفسخ والرجعة ضد ذلك ولأن الطلاق يعلق على الصفات فجاز أن يقع موقوفاً بخلاف الرجعة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٢٢).
(٢) انظر الأم (٤/ ٩٠).
(٣) انظر الأم (٤/ ٩٠).

باب المطلقة ثلاثاً

مسألة: قال[١]: قالَ اللَّهَ تعالىٰ فِي المطلقةِ الطلقَة الثالثةَ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

الفصل

إذا طلق امرأته ثلاثاً لم يحل له إلا بخمس شرائط تعتد منه، وتعقد الثاني ويدخل بها ويطلقها [٨٥/أ] أو ينفسخ نكاحها أو يموت عنها وتعتد منه، فإذا وجدت هذه الشرائط الخمسة حل له العقد عليها لأن التحريم الثابت بالطلقات الثلاث يرتفع بشرطين عقد الثاني وإصابته لها وهما شرطا الإباحة وبه قال علي وابن عباس وابن عمر وعائشة رضي اللّه عنهم وجمهور العلماء، وقال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب تحل المطلقة الثلاث بمجرد النكاح دون الإصابة واحتج فظاهر قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يشترط الإصابة وهذا غلط لما روى الشافعي باسناده عن عائشة رضي اللّه عنها أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى رسول اللّه ﷺ فقالت: إني كنت عند رفاعة فطلقني فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هُدبة الثوب فقال: كذبت يا رسول اللّه إني لأعركها عركَ الأديم العكالي وهذان ابناي من غيرها فتبسم رسول اللّه ﷺ فقال: «تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[٢]. قال في «الأم»[٣]: ولا تكون العسيلة إلا بالذكر في القبل، وقال أبو عبيد: العسيلة لذة الجماع وقيل: سماها بها تشبيهاً بالعسل وهي تصغير العسل وقيل: الهاء اثبتت فيها على نية اللذة وقيل: العسل يؤنث ويذكر ولأن ابن المنذر يقول: في هذا دلالة على إن واقعها وهي مغمى عليها لا تحس باللذة لا تحل للزوج الأول لأنها لم تذوق العسيلة لعدم الحس، وقيل: إنها الإنزال وروت عائشة رضي اللّه عنها أن النبي ﷺ قال: «العسيلة الجماع»[٤] وأما الآية قلنا: شرطنا الوطء بالجزء الذي ذكرنا كما شرطنا طلاق الزوج الثاني وانقضاء عدتها منه بالإجماع.

مسألة: قال[٥]: [٨٥/ب] فإذَا أصابَها بنكاحِ صحيحٍ فغيبَ الحشفةَ فِي فرجِهَا فَقَدْ ذَاقَ العسيلةَ.

ظاهره يقتضي أن الإصابة بنكاح صحيح شرط في الإباحة وهو قوله الجديد، وإذا

---

(١) انظر الأم (٤/ ٩١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١١١/ ١٤٣٣)، والترمذي (١١١٨)، وابن ماجه (١٩٣٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥١٩٠).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٦/ ٦٢)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٥٢)، وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٢٢٦).

(٥) انظر الأم (٤/ ٩٢).

أوطئها في نكاح فاسدٍ لا تحصل الإباحة، وقال في «القديم»: تقع به الإباحة لأنه في حكم النكاح الصحيح في المهر والعدة والنسب واسم النكاح، وأما إذا وطئها بسببه لا في النكاح ثم أن يجد على فراشه فوطئها ظناً أنها امرأته لا تحل للزوج الأول قولاً واحداً، لأنه ليس بوطئ في نكاح، وقال القفال: قال بعض أصحابنا: فيه قولان أيضاً وهذا غلط، وأما إذا وطئها في ملك اليمين بأن ظن أنها أمته لا يحل للزوج الأول بلا إشكال، وإن كان أحدهما غالباً بفساد النكاح ويعتقد أنه زاني لا يبيح قولاً واحداً ذكره ابن الجويني، قال عبيدة السلماني وفقهاء المدينة: لا تحل له إلا من الباب الذي حرمت عليه، وأما القدر الذي يتعلق به الإباحة أن يغيب الحشفة في الفرج ولا يعتبر الزيادة لأن جميع أحكام الوطئ يتعلق بهذا القدر.

مسألة: قال(١): «وسواءٌ قويُ الجماعِ أو ضعيفَهُ».

الفصل

الإباحة للزوج الأول يتعلق بالتقاء الختانين، قال في «الأم»(٢): والتقاؤه بذهاب العذرة، فإن أفضاها فقد التقيا وزيادة ومعنى قوله ضعيف الجماع من هو من أهل الجماع لأن في جماعه ضعفاً فأما من لا يقوم عليه ولا ينتشر ذكره وإنما هو كالحزقة فأدخلته بإصبعها لم تقع به الإباحة لأنه ليس من أهل الجماع فهو كالطفل وبمنزلة إدخال الأصبع في الفرج، وقيل: إذا كان ممن ينتشر ذكره يبيح وإن لم ينتشر وأدخلت هي، وقيل في وطئ الصبي وإن كان ابن سنةٍ يبيح لأنه يوجب الغسل [٨٦/أ] ولا يتبعض أحكام الوطئ وهذا لخلاف النص عندي، وقال في «الحاوي»(٣): قال أبو حامدٍ: إذا ادخله غير منتشر بيده أو يدها لا يبيح ولا يتعلق به أحكام الوطئ ولا غسل لأن عرف الوطئ لا يتناوله ولأن العسيلة بالشهوة وهي مع الانتشار وهذا لا يصح بل تغييب الحشفة في الفرج يوجب أحكام الوطئ، وإن كان الذكر غير منتشر لأن لين الذكر ضعفه وانتشاره قوته وضعف الجماع وقوته سواءٌ إذا أمكن دخول الحشفة مع ليناً ولأن اللذة غير معتبرة كما لو كان نومها أو نومه.

مسألة: قال(٤): «أو كانَ ذلكَ من صبيٍ مراهقٍ أو مجبوبٍ بقيَ لهُ مَا يغيبهُ تغييبُ غير الخصي وسواءٌ كل زوجٍ وزوجةٍ».

قوله: تغييب غير الخصي يوهم أن تغييب الخصي يباين تغييب العجل وليس كذلك، فإن الخصي الذي بقي ذكره وقطعت انثياه إذا غيب الحشفة في الفرج كان كالفحل في تحليلها للزوج الأول لأنه لا يشترط الإنزال، ولعل الشافعي أراد بالخصي هاهنا الممسوح وهو الذي لم يبق من ذكره شيء أو الذي بقي من ذكره ما نقص عن قدر الحشفة فمتى كان بهذه الصفة لم يتصور منه الإصابة أو التحليل للزوج الأول، وإذا كان

---

(١) انظر الأم (٤/ ٩٢).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٢٩).
(٤) انظر الأم (٤/ ٩٢).

مجبوباً بقي من ذكره ما يبلغ مقدار الحشفة عند التغييب كان حكمه خلاف حكم الخصي الذي صورناه وحصل به التحليل للأول وقيل: يعتبر في المجبوب إذا بقي زيادة على قدر الحشفة منه أو يعتبر تغييب جميعه وجهان، واعلم أن الوطئ من أي زوج بالغ كان يوجب الإباحة للزوج الأول سواءً عبداً أو حراً مسلماً أو كافراً، فأما إذا كان صبياً قال في «الأم»(١): فإن كان جماعه يقع موقع جماع الكبير ولا لذة فيه فلا يتعلق به اخلالٌ، وقال مالك: لا يحصل الإباحة إلا بوطئ البالغ [٨٦/ب] وهذا غلط لأنه وطئ ممن يجامع مثله في نكاح صحيح كوطئ البالغ، قال أصحابنا: والمخرج لمن أراد الاستحلال ويحترز من فساد العقد ومن امتناع الثاني من الطلاق ومن إحبالها أن تتزوج من عبدٍ مراهق لم يبلغ، فإذا أصابها وهب لها فيبطل النكاح بالهبة لأنها ملكت زوجها وحلت الأول وأمنت الإحبال لعدم البلوغ، وقال القاضي أبو علي البندنيجي في جامعه: إن كان ممن يجامع مثله بأن يكون ابن تسع سنين أباح، وإن كان أصغر من هذا لا يبح.

مسألة: قال(٢): «ولو أصابهَا صائمةً أو محرمةً أساءَ وقَدْ أحلهَا».

إذا أصاب الزوج الثاني المرأة المطلقة ثلاثاً وهو محرم أو صائم أو هي محرمة أو صائمة يأثم بذلك ولكنها تحل للأول لأنه وطئٌ في نكاح صحيح، وكذلك إذا وطئها في حال حيضها تحل للأول، وقال مالك وأحمد: لا تحل بالوطئ في هذه الأحوال لأنها معصية محرمة فلا ترفع التحريم وهذا غلط لما ذكرنا، ولأن النبي ﷺ قال: «لا حتى تذوقي عسيلته»(٣) ولم يفصل.

مسألة: قال(٤): ولو أصابَ الذميةَ زوجٌ ذميٌ فِي نكاحِ صحيحِ أحلهَا للمسلمِ.

الفصل

إذا كانت الذمية عند المسلم فطلقها ثلاثاً ثم نحكها ذمي آخر ووطئها حلت للأول ولا فرق بين أن يكونا مسلمين أو كتابيين أو أحدهما مسلماً والآخر كتابياً، وهذا لأن أنكحة المشركين عندنا صحيحة، وأكده الشافعي(٥) بأن الإحصان يحصل بوطئه لأن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا وكانا قد أحصنا فالتحليل أولى أن يحصل به وقال مالك: وطئ الذمي لا يبيح للأول بناء على أصله أن نكاح المشرك باطل وقد ذكرناه في باب النكاح، وقيل قوله بنكاح صحيح [٨٧/أ] يحتمل معان أحدها أن يريد به نكاحاً عقدوه بشاهدين مسلمين على شرائط الإسلام ويحتمل أن يريد به نكاحاً لا في غير محرم ويحتمل أنه أراد نكاحاً يعقدون فيه التأييد، والأصح أنه أراد نكاحاً عقدوه للتأييد على غير محرم سواء كان فيه شهود أو لا إذا لم يكن في عدة أو شرط خيار أو كان في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).
(٢) انظر الأم (٤/ ٩٢).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) انظر الأم (٤/ ٩٢).
(٥) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

العدة أو شرط الخيار ولكنها انقضت في الشرك فيعطى أحكام الصحة لهذا النكاح، ولو وطئها الزوج على ظن أنها أجنبية وأنه يفجر بها فبانت زوجته أباحها للأول.

مسألة: قال[(١)]: «ولو كانتْ الإصابةُ بعدَ ردةِ أحدهمَا».

الفصل

إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجت بزوج آخر ثم ارتد أحد الزوجين أو هما فوطئها الزوج في حال الردة ثم طلقها بعد ذلك فأنه لا يبيحها ذلك الوطئ للأول لأن الوطئ تتعلق به الإباحة هو الوطئ في ملك تام وهاهنا الملك غير تام لأنها يجري إلى بينونة، وإذا لم يسلم المرتد منهما حكمنا بالفرقة مستنداً إلى حالة الردة، وقال المزني: هذه المسألة مستحيلة لأنه إن كانت الردة بعد الإصابة فقد أباحتها الإصابة فلا معنى للوطئ في الردة، وإن كانت الردة قبل الإصابة فقد بانت بنفس الردة لأنها ردة قبل الدخول، قلنا: هذه المسألة صحيحة ويجوز أن يرتدا قبل الإصابة ولا يقع الفسخ من وجوه: **أحدها**: إذا قلنا بقوله القديم إن الخلوة كالإصابة، **والثاني**: على القولين إذا وطئها في الموضع المكروه تجب العدة، والثالث: إذا وطئها دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها تجب العدة ولا يحصل به الحل، وقال القفال للشافعي، لمَ يقل: ثم رجع المرتد منهما قبل انقضاء العدة حتى يلزمه ما قاله المزني بل قال: ثم رجع المرتد منهما في الجملة وإن كانت البينونة [٨٧/ ب] واقعة بالردة لم يكن بد من ذكر الرجوع إذ المرتدة لا تحل لأحد فكيف يقال لا تحل للزوج الأول؟ والمقصود من الكلام أن الزنا ووطئ الشبهة لا يبيحا، ولو أصابها في عدة طلاقٍ رجعي لا تحل للزوج الأول أيضاً، لأنها محرمة عليه من جميع الوجوه بخلاف ما لو كانت صائمة أو محرمة.

مسألة: قال[(٢)]: «ولو ذكرتْ أنهَا نكحتْ نكاحاً صحيحاً وأصيبتْ ولا تعلمُ حلتْ له».

الفصل

إذا طلقها ثلاثاً وغابت عنه ثم عادت فذكرت أنها قضت عدتها ثم نكحت زوجاً غيره فطلقها واعتدت منه وكان الزمان ممكناً لما ذكر نظر، فإن وقع في قلبه صدقها ابتداء نكاحها، وإن وقع في قلبه الكذب منها فالورع أن لا يبتدأ نكاحها، فإن خالف وفعل جاز لأنها مؤتمنة فيما تخبر به وكذلك إن لم يترجح الكذب على الصدق فالورع تركه ولكنها تحل، وقال أبو إسحاق: يستحب للزوج البحث عن ذلك حتى يعلم فإن لم يفعل فلا شيء عليه وقيل: إذا وقع في قلبه كذبها لا يجوز نكاحها وليس بشيء.

فرع

لو رجعت عن ذلك وقالت: كذبت نظر فإن كان ذلك قبل أن يتزوج بها لم يكن له

(١) انظر الأم (٤/ ٩٣).

(٢) انظر الأم (٤/ ٩٣).

أن يتزوج وإن كان ذلك بعد ما تزوج بها لم يقبل قولها في بطلان النكاح.

فرع آخر

لو قالت: حللت لك فإني نكحت فلاناً وأصابني وطلقني وأنكر ذلك الرجل فالقول قولها لأن ذلك أجنبي لا يلتفت إلى قوله كما لو قال: الزوجان تزوجنا بشهادة فلان وفلان فأنكر الشاهدان ذلك فالقول قولهما دون الشاهدين.

فرع آخر

لو قال الزوج الأول لها: كذبت ما أصابك الزوج الثاني لم يكن له نكاحها فإن رجع عن هذا وقال: صدقت قد أصابك قبلنا ذلك منه لأنه قد ينسى فينكر ثم يتذكر فنجزيه نص عليه. [٨٨/أ]

فرع آخر

لو قال رجل: تزوجتها وأصبتها فحلت لك وأنكرت فالقول قولها بلا إشكال.

فرع آخر

لو طلقها طلقة رجعية ثم غاب عنها فقضت العدة فقال لها رجل: لا تنكحي كيلا يكون راجعك وهو غائب لم يقبل عنه وكان لها النكاح لأن الأصل أن لا رجعة.

فرع آخر

لو كانت أمةً وطلقها زوجها طلاقاً لا يحل له إلا بعد زوج مثل إن كان عبداً فطلقها طلقتين أو حراً فطلقها ثلاثاً فاعتدت منه فوطئها سيدها لم يبحها لزوجها، فإن اشتراها زوجها من سيدها فهل تحل له الوطئ بملك اليمين؟ المنصوص أنها لا تحل له إلا بعد زوج نص عليه في كتاب «الظهار» والدليل عليه أنه لو لاعنها ثم اشتراها لا تحل له كذلك هاهنا، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والتحريم عام، ومن أصحابنا من قال: تحل له لأن الطلاق حرمها من حيث الزوجية لا بملك اليمين، وقيل: فيه وجهان، والأصح ما ذكرنا.

فرع آخر

قال في «الأم»[١]: لو أصابها في الوضع المكروه لم يحلها للأول لا ما فارقت عسيلته وهذا لا خلاف فيه.

فرع آخر

لو غاب مع زوجته ثم عاد فذكر موت زوجته حل لأختها أن تتزوج به ويكون قوله في الموت مقبولاً، ولو غابت زوجته مع أختها ثم قدمت الأخرى فذكرت له موت زوجته لم يحل له أن يتزوج هذه القادمة إلا بعد يقين موتها الفرق أن الزوج مالك لبضع

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

زوجته فلم يحل له العقد على أختها إلا بعد أن يتيقن زوال ملكه، ولا ملك للأخت فجاز أن يرجع أن قول الزوج في موت أختها.

فرع آخر

لو تزوجت بشرط أنه إذا أحلها للزوج الأول لم يكن بينهما نكاح قد ذكرنا أنه أفسد من نكاح المتعة، ولو أصابها قال في القديم [٨٨/ب] يحلها لأنها موطوءةٌ باسم النكاح فعلى هذا الوطئ في كل نكاح فاسدٍ مثله، وقيل: لعله إطلاق النبي ﷺ اسم الإحلال عليه في نهيه عنه فعلى هذا لا يقاس عليه الوطئ في سائر الأنكحة الفاسدة على ما ذكرنا من قبل.

فرع آخر

إذا طلق إحدى امرأتيه فقبل أن يعين المطلقة راجعها وقال: راجعت المطلقة منكما، فإن كان الطلاق معيناً في الأصل ففي صحة الرجعة بعد حصول الاشتباه وجهان، أحدهما: لا تصح الرجعة لأنه معنى يفقد استباحة البضع فلا يصح في غير المعينة كالنكاح. والثاني: يصح لأن الرجعة تقتضي رفع حكم الطلاق فلما صح الطلاق مع فقد التعيين صحت الرجعة أيضاً.

فرع آخر

إذا قال لها بعد الدخول: أنت طالق إن قدم فلان فلم يعلم هل قدم أم لا؟ فراجع ثم علم أنه كان قدم هل تصح الرجعة؟ فيه وجهان، والأصح أنه لا يصح وأصل هذا إذا باع مال مورثه ولم يعلم أنه صار له ارثاً فظهر أنه كان له عند البيع ففي صحة البيع قولان، ولو استبرأ زوجته الأمة المطلقة الرجعية فإن كانت بقية العدة لا تزيد على الاستبراء أو تزيد فالاستبراء كان وهي حيضة تامة، وإن كانت بقيته أقل من الاستبراء فيه وجهان ويخالف إذا استبرأ زوجته حل له وطئها في الحال في أصح الوجهين ولا يحتاج إلى الاستبراء لأنها كانت محللة والرجعية كانت محرمة فلم يرتفع التحريم بمجرد الملك والله أعلم.

كتاب الإيلاء

قال[1]: قال اللّه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية [٨٩/أ].

الإيلاء في اللغة اليمين على كل شيء يقال: ألي يولي إيلاءً فهو مولي إليَّ حلف والألية اليمين وجمعها الأياء ويقال: آلى يتآلى فهو متآلي أي حلف، وقال تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ﴾ [النور: ٢٢] أي: لا يحلف، وقال ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً»[2]، وقال أيضاً: «من يتألى على اللّه يكذبه»[3]. وقال الشاعر:

وأكذب ما يكون أبو المعلى إذا آلى يميناً بالطلاق

وأما الإيلاء في الشرع: فهو اليمين على فعل مخصوص وهو أن يحلف على ترك الوطئ مدة واختلف العلماء في تلك المدة فقال ابن عباس: لا يكون مولياً حتى يحلف لا يطأها أبداً أو يطلق ذلك فإن الإطلاق يقتضي التأبيد، وقال الحسن وابن أبي ليلى والنخعي وقتادة وحماد وإسحاق: أي مدةٍ حلف عليها يكون مولياً، وإن كانت يوماً واحتجوا بظاهر الآية، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري: لا يكون مولياً حتى يحلف أنه لا يطأها أربعة أشهر فما زاد، وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور: لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على أربعة أشهر ولا حد للزيادة ويكفي أقل القليل ويظهر حكم الإيلاء في المآثم بقصد الأضرار فإن ذلك القليل لا يكفي الموقف والمطالبة ويخرج عن حكم الإيلاء بمضيه، وفي أربعة أشهر وما دونها لا يكون مولياً ولكن يكون خالعاً إن وطئها ووجبت الكفارة، وإن ترك وطئها لم يتوجه عليه المطالبة بالفئة ولا بالطلاق وفائدة الخلاف مع أبي حنيفة أنه عندنا إذا آلى منها أكثر من أربعة أشهر أجل أربعة أشهر وهذه المدة تكون حقاً له كالأجل لمن عليه الدين فإذا مضت المدة [٨٩/ب] لم يقع بها الطلاق ولكنه يطالب بالفئة لا بالطلاق، وإن وطئ قبل انقضاء المدة فقد عجل الحق قبل محله، وإذا آلى أربعة أشهر لا يكون له حكم الإيلاء لأنه لا ينبغي زمان الوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر وعند أبي حنيفة إذا آلى أكثر من أربعة أشهر فمضت أربعة أشهر ولم يطأها وقعت تطليقة ثانية ولا معنى للوقف عنده، وإذا آلى أربعة أشهر فانقضت يقع الطلاق أيضاً وبه قال ابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت والأوزاعي رضي اللّه عنهم، وكان ابن مسعود رضي اللّه عنه يقرأ الآية فإن فاؤوا فيهن، وبقولنا

---

(١) انظر الأم (٤/ ٩٤).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٦٢١)، وأحمد (٦/ ١٠٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٦٢٥).

(٣) أورده السيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ٢٢٥).

قال عمر وعثمان وعلي وابن عمر وعائشة ومجاهد وعطاء وسليمان بن يسار ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد رضي الله عنهم، وقال سليمان بن يسار: أدركت بضعة عشر نفساً من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم يوقفون المولي[١]، وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن حبير والزهري وأبو بكر بن عبد الرحمن وابن شبرمة يقع بانقضاء المدة طلقة رجعية والدليل على بطلان قول ابن عباس قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولم يفرق بين أن يكون على التأبيد أو إلى مدة لأن الضرر يلحقها بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر فكان مولياً كما لو أطلق، والدليل على بطلان قول الحسن أن الله تعالى أمر بوقف المولي لها بلحقها بالضرر وترك وطئها باليمين وهذا الضرر لا يكون في يوم ونحوه فلا معنى لإثبات حكمه، والدليل على بطلان قول أبي حنيفة أنه يمين الله تعالى على منع حق من حقها فلا يقع بها الطلاق كاليمين على ترك نفقتها.

فرع

لو حلف على خير الوطئ لا يكون لها حكم الإيلاء [٩٠/أ] وقال أبو قلابة والنخعي: الإيلاء الحلف على مسأة زوجته سواء كانت على الوطئ أو على غيره إذا قصد الإضرار بها وهذا غلط لأنه لا يعظم قصد الإضرار إلا باليمين على ترك الوطئ وبه قال جماعة الصحابة والعلماء.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في الإيلاء هل عمل به في صدر الإسلام قبل نسخه؟ فقال بعضهم: عمل به قبل النسخ ثم نسخ إلى ما استقر عليه حكمه، وقال جمهور أصحابنا: لم يعمل به قبل نسخه وإنما روى أبو هريرة وجابر رضي الله عنهما آلى من نسائه شهراً ثم نزل إليهن ليلة تسع وعشرين[٢] وقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله أطلقت نساءك؟ فقال: «لا ولكني آليت شهراً»[٣]، وقال الشافعي في الأم: كانت الفرقة في الجاهلية ثلاثة بالطلاق والظهار والإيلاء فنقل الله تعالى الإيلاء والظهار عما كانا عليه في الجاهلية وبقي حكم الطلاق على ما كان عليه.

مسألة: قال[٤]: «والمولي مَنْ حلفَ يمين يلزمهُ بهَا كفارةٌ».

الفصل

إذا آلى من امرأته نظر فإن كانت يمينه بالله تعالى كان مولياً قولاً واحداً وإن كانت بغير الله تعالى مثل الطلاق والعتاق أو صدقة المال أو الصوم أو الحج أو نحو ذلك

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٢٠٧)، وفي «معرفة السنن» (٤٥١٣).
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٣٥)، وأحمد (٢/ ٣١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٢٣٦).
(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٤٢)، والنسائي (٣٤٥٥).
(٤) انظر الأم (٤/ ٩٤).

فهل يكون مولياً قولان، قال في القديم: لا يكون مولياً وبه قال أحمد في أظهر الروايتين لأن اللّه تعالى قال للذين يولون من نسائهم والإيلاء المطلق إنما هو باللّه تعالى وقد قالوا: فإن فاؤوا فإن اللّه غفور رحيم، وإنما يدخل الغفران في اليمين باللّه تعالى والحنث فيها، وقال في الجديد: يكون مولياً وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعة العلماء [٩٠/ب] ووجهه أن الإيلاء هو الحلف ويسمى هذا حالفاً ولهذا لو قال: إن حلفت فامرأتي طالق ثم حلف هكذا يقع الطلاق ولأنها يمينٌ لا يمكنه الوطئ معها بعد التربص إلا بضرر فأشبه اليمين باللّه تعالى.

فرع

لو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أقف داري كان مولياً ولو قال: فداري وقف لا يكون مولياً لأنها لا تصير وقفاً بخلاف ما لو قال فعبدي حر.

فرع آخر

لو قال: إن وطئتك فأنت على حرامٌ فإن أراد طلاقاً كان مولياً وإن أطلق فوجهان بناء على أنه هل يجب الكفارة بإطلاق أم لا.

فرع آخر

لو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أصلي ركعتين يكون مولياً في قوله الجديد، وقال أبو حنيفة: لا يكون مولياً لأنه لا يتعلق بها مالٌ وهذا غلط لأنها تجب بالنذر وما وجب بالنذر كان مولياً بالحلف به كالصوم والحج وأما ما ذكره لا يصح لأن الصلاة يحتاج إلى الستر والماء وهو مال.

فرع آخر

إذا خالف ووطئ قال في «القديم»: لا كفارة عليه لأن اللّه تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وهذا يقتضي العفو عن الكفارة ولأنه كان طلاق الجاهلية ولكنه أخر في شرعنا إلى مدة ولا كفارة في الطلاق، وقال في «الجديد»: عليه الكفارة وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجماعة لأن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»[١]، وأما الغفران لا يدل على سقوط الكفارة كما لو ناب وكان الحنث طاعة.

مسألة: قال[٢]: ولا يلزمَهُ الإيلاءُ حتىٰ يصرحَ بأحدِ أسماءِ الجماعِ[٩١/أ]

الفصل

ألفاظ الإيلاء على أربعة أضربٍ، ضربٌ هو صريح في الحكم ولا يدين فيما بينه

(١) أخرجه مسلم (١٣/ ١٦٥٠)، وأحمد (٢/ ١٨٥، ٢٠٤، ٢١٢)، وابن حبان (٤٣٣٢).

(٢) انظر الأم (٤/ ٩٥).

وبين اللّه تعالى مثل أن يقول: لا أنيكك أو لا أدخل ذكري في فرجك أو لا أغيب ذكري في فرجك هذا في البكر والثيب، أو يقول في البكر خاصة لا افتضك بذكري، فإذا حلف بواحد من هذه الألفاظ كان مولياً، وإن قال: لم أرد به الإيلاء لم يقبل قوله وهذا أبلغ من تصريح الطلاق لأن قوله لا أنيكك لا يحتمل غير هذا الفعل والطلاق يحتمل غير الطلاق من الوثاق، وكذلك لو قال: لا أجامعك بذكري في فرجك ولم يقل بذكري في قوله لا افتضك، قال أبو حامد: يكون صريحاً أيضاً. وقال القاضي أبو حامد، والقاضي الطبري: لا يكون صريحاً في الباطن، فإن قال: أردت به الافتضاض بالأصبع يقبل لأنه يحمل وهذا أصح.

والضرب الثاني: ظاهره يكون مولياً به في الحكم ويدين فيما بينه وبين اللّه تعالى، وهو قوله: لا أجامعك أو لا أطأك أو لا أصيبك فإن قال: لم أرد به الإيلاء بل أردت لا أطأها برجلي أو لا أجامعها بيدي أو لا أصيبها بيدي لا يقبل منه في الحكم ويقبل منه فيما بين وبين اللّه تعالى لأنه بين لها عرف العادة في الوطئ فكان إيلاءً في الحكم ويحتمل ما نواه فيقبل فيما بينه وبين اللّه تعالى كما يقول في قوله: أنت طالق ثم قال: أردت من وثاق.

والضرب الثالث: كناية في الحكم وفيما بينه وبين اللّه تعالى لقوله لا يجمع رأسي ورأسك شيء أو لا جمعتهما مخدة أو ليطولن تركي جماعك أو لأسؤنك أو لاغيظنك ونحو هذا وكل ذلك كناية أن نوى به الإيلاء يكون إيلاءً، وإن لم ينوِ [٩١/ب] لا يكون شيئاً وهذا لأن هذه الأشياء كلها يحتمل الوطئ وغيره وليس مع أحد الاحتمالين ما يرجح به من عرف شرع ولا عادة، وكان كناية بكل حالٍ.

والرابع: مختلفٌ فيه مثل قوله لا باشرتك لا لامستك لا باضعتك لا غشيتك لا لمستك لا قربتك لا افضي إليك لا افترشتك ففي هذه الألفاظ قولان، قال في «القديم»: ظاهره الجماع إلا أن يريد عين الجماع بقوله لا أجامعك وبه قال أحمد: وهذا لأنه ثبت فيه عرف الاستعمال، قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾ [البقرة: ١٨٧] وقال: ﴿وَلَا تَقۡرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطۡهُرۡنَۖ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وأردا به الجماع. وقال في «الجديد»: هو كناية في الحكم وفيما بينه وبين اللّه تعالى، كقوله لأسونك فلا يكون إيلاءً في الحكم إلا أن يريد الإيلاء، وهذا لأنه حقيقة في غير الجماع لأن المباشرة من التقاء البشرتين وذلك أكثره فيما دون الفرج والقرب من المقاربة واللمس قد يكون بالبدن واليد ويخالف لفظ الجماع، لأنه اقترن به القربى الظاهر.

وقال القاضي الطبري: لفظ الإصابة من هذه الجملة والأصح أنه كناية في الحكم أيضاً لأن عرف الاستعمال لم يوجد في الإصابة أيضاً فلا يكون صريحاً، وهذا ذكره القاضي الماوردي[1]، وقيل: هاهنا ضرب خامس: وهو ما لا يكون صريحاً ولا كناية

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٤٦).

كقوله لا وحشتك أو أخرتك أو ضربتك لا يكون شيئاً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لفظ الجماع صريح وهو من الضرب الأول قال وفي سبعة ألفاظ [٩٢/أ] قولان: المباعلة والمباضعة والوطئ والدخول واللمس والمس والإصابة أحدهما: أنها صريحة. والثاني: أنها كناية، وفي لفظ القربان طريقان وقيل: قولان، وقيل: قول واحدٌ أنها كناية، والصحيح ما ذكرنا، وقال صاحب «الحاوي»(١): لو قال: لا وطئتك بذكري أو لا جامعتك بفرجي فيه وجهان، أحدهما: أنه صريح في الظاهر والباطن، والثاني: أنه صريح في الظاهر دون الباطن، لأنه يحتمل لا أطأك بفرجي دون الفرج لا أجامعك بذكري دون الفرج وفي ثلاثة ألفاظ: لا باضعتك لا باشرتك لا لمستك قولان، أحدهما: قاله في «القديم» هي صريحة في الظاهر كناية في الباطن يكون مولياً في حالين إذا أراد أو أطلق لا يكون مولياً في حال إذا لم يرد، والثاني: قاله في الجديد هي كناية في الظاهر والباطن وفي ثلاثة ألفاظ: لا أصبتك ولا غشيتك ولا لمستك طريقان، أحدهما: قولان، والثاني: قولٌ واحدٌ أنها كناية في الظاهر والباطن، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: قوله لا باضعتك صريح في الجماع لأنه مشتق من البضع وهو الفرج فلا يحتمل غيره وهذا غلط لأنه يحتمل غيره لأن النبي ﷺ قال: «فاطمة بضعة مني»(٢) وأراد قطعة من بدني.

فرع

النية في ألفاظ الكنايات على ثلاثة أقسام، أحدها: أن ينوي الجماع دون المدة وهو في قوله لا يجمع رأسي ورأسك شيءٌ وقوله لا دخلت عليَّ ولا دخلت عليك ونحو هذا، فإذا نوى به الجماع كان مولياً، وإن لم ينو مدةً لأن إطلاق هذا يقتضي التأييد، والثاني: أن ينوي المدة دون الحمل وهو قوله [٩٢/ب]: ليطولن تركي جماعك فإن نوى بالطول أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا، ولا يحتاج إلى أن ينوي الجماع لأنه صرح به. والثالث: أن ينوي الجمع والمدة جميعاً فلا يكون مولياً ما لم ينويهما وهو قوله لتطولن غيبتي عنك ونحوهن.

فصل

قال في «الأم»(٣): لو قال: واللّه لأجامعنك إلَّا جماع سوء قلنا: فسر فإن قال: أردت الوطئ في الدبر فهو مولي لأنه حلف لا يطأها في القبل، وإن قال: أردت بالسوء القدر الذي لا يبلغ التقاء الختانين كان مولياً أيضاً، وإن قال: أردت بالسوء وطئاً ضعيفاً لكنه يجاوز التقاء الختانين لم يكن مولياً.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٤٥). (٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٤٨).

فرع

لو قال: والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن مولياً بحال سواء فسره بالوطئ في الدبر أو بالوطئ الذي لا يبلغ التقاء الختانين، أو بالوطئ الضعيف لأن كل هذا ما منع نفسه به عن الوطئ الذي تخرج به عن حكم الإيلاء.

فرع آخر(١)

لو قال: والله لا أغتسل منك أو لا أجنب منك سئل فإن قال: أردت به أني لا أنزل منك وأنا أرى أن لا يجب الغسل من التقاء الختانين لم يكن مولياً في الحكم لأنه لم يحلف على تركه الوطئ، وإنما حلف على ترك الإنزال، وإن قال: أردت أن أصيبها فلا أغتسل منها حتى أصيب غريها فاغتسل منه قال الشافعي: دين أيضاً يريد به أنه لا يكون مولياً في الحكم، وإن قال: أردت أن أصيبها لا أغتسل منها، وإن وجب عليَّ الغسل، قال الشافعي(٢): لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى، وإنما لم يقبل في القضاء لأنه تأول فاسدٌ. [٩٣/أ]

مسألة: قال(٣): لو قالَ: واللَّهِ لا أجامعكِ في دبركِ فهو محسنٌ.

إذا قال والله لا أجامعك في دبرك لا يكون مولياً ويكون ومحسناً بهذه اليمين لأن عليه أن يمتنع منه، وهكذا لو قال: والله لا أجامعك في الموضع المكروه، وحكيَ عن مالك أنه مولي وهو غلط غلط عليه لأن الصحيح أنه رجع عن أباحه اتيان النساء في أدبارهن.

مسألة(٤): قال: ولو قال: واللَّه لا أقربكِ خمسةَ أشهرٍ ثمَ إِذَا مضتْ خمسةَ أشهرِ فواللَّه لا أقربكِ سنَة.

الفصل

الأصل فيه أنه إذا أطلق الإيلاء بتربص أربعة أشهر وتوقف للفي أو الطلاق، فإن فاءَ فقد وفاها حقها، وإن أطلق نظر فإن كان الطلاق بائناً فلا كلام، وإن كان رجعياً نظر فإن لم يراجع حتى بانت فلا كلام، وإن راجع لم تحتسب عليه هذه المدة وتضرب المدة من حق راجع، فإذا مضت أربعة أشهر وقف ليفي أو يطلق وعلى هذا أبدا حتى يفنى طلاقه، فإذا أثبت هذا رجعنا إلى مسألة الكتاب وهي: إذا قال: فوالله لا أقربك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أقربك سنة فهما يمينان مطلقان الأولى مطلقة معجلة والثانية: يمين نصفه فهي لقوله: إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أقربك سنةً يكون صحيحاً والحكم فيهما أنه مريض، فإذا مضت أربعة أشهر طولب بالنية أو الطلاق، فإن فاء وهو أن يطأها فقد وفاها حقها من هذه اليمين وسقطت اليمين الحنث، وإن دافع

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٥٠).

(٣) انظر الأم (٤/ ٩٦).

(٤) انظر الأم (٤/ ٩٦).

حتى انقضت خمسة أشهر فقد عصى يمنع الحق ولكنه قد بطل حكم الإيلاء الأول، وإن طلق فقد وفاها حقها أيضاً من هذه اليمين، فإن لم يراجع بانت وإن راجع لم يلزمه فيما بقي [٩٣/ب] من مدة اليمين شيء فيزول حكمها أعني حكم الإيلاء لأن حكم اليمين من حيث الكفارة باقٍ في مدة الشهر الخامس حتى إذا وطئ فيه تلزمه الكفارة.

فإذا انقضت المدة الأولى وهي خمسة أشهر فقد دخل وقت اليمين الثانية فيوقف أربعة أشهر، ثم إن وفاها فقد وفاها حقها، وإن دافع حتى إذا مضت السنة خرج من حكم الإيلاء، وإن طلق نظر فإن تركها حتى انقضت العدة بانت، وإن راجع لم تحتسب عليه المدة إلى حين المراجعة لأنها جارية إلى بينونة ثم ينظر إلى ما بقي من السنة، فإن بقي مدة التربص وهو أكثر من أربعة أشهر تربص ووقف بعد انقضائها، وإن كان قد بقي أربعة أشهر أو أقل زال حكم الإيلاء وبقي حكم يمينه فمتى وطئها قبل انقضاء السنة فقد حنث، وإن بانت منه بانقضاء العدة ثم نحكها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فإن قلنا: تعود اليمين في النكاح الجديد وقفناهُ إذا مضت أربعة أشهر من يوم نكاحه، وإن قلنا لا تعود اليمين بطل حكمه ولا كلام.

فرع

لو قال: والله لا أقربك خمسة أشهر، ثم قال عقيبه: والله لا أقربك سنةً فهو مولي بيمينين مدة أحدهما أطول من الأخرى فتتربص أربعة أشهر ثم يوقف فإن فاء خرج منهما وحنث فيهما وهل يلزمه كفارة واحدة أو كفارتان؟ قولان أحدهما: يلزمه كفارتان لأنهما يمينان. والثاني: يلزمه كفارة واحدة لأن الحنث فيهما وقع بفعل واحد، وكذلك لو قال: والله لا أطعم اليوم شيئاً ثم قال والله لا آكل الخبز ثم أكل بل يلزمه كفارة أو كفارتان على هذين القولين فإن طعم أولاً شيئاً غير الخبز ثم أكل [٩٤/أ] الخبز فعليه كفارتان قولاً واحداً، وإن أكل الخبز أولاً ثم شيئاً آخر لم يلزمه بالشيء الآخر كفارة، وفي الخبز القولان كما ذكرنا، وهذا إذا فاء في الأشهر الخمسة، فإن فاء في بقية السنة فعليه كفارة واحدة قولاً واحداً، وإن كان قد دافع حتى انقضت المدة بأن خرج من اليمينين، وإن كان قد طلق فإن لم يراجع فلا كلام، وإن راجع فإن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر وقف مرةً أخرى كما ذكرنا، وإلا زال حكم الإيلاء وبقي حكم اليمين في أنه إذا وطئ قبل انقضاء السنة يحنث ويلزمه الكفارة، ومن أصحابنا من قال في هذه المسألة: يكون بعد السنة بعد مضي خمسة أشهر كالسنة الأولى لأن الخمسة الأشهر قد تعلقت بها اليمين الأولة فلا تحمل الثانية على التكرار وهذا غلط لأن كل واحدة من اليمين لو انفردت كانت كعدتها عقيب الحلف، فكذلك إذا اجتمعت، وأما ما ذكره لا يصح لأن اليمين الثانية أفادت زيادةً في المدة وتعلق بها كفارة أخرى ويخالف المسألة الأولى لأنه علق يمينه بزمان بعد مدة فلم يتعلق بالحال.

فرع آخر

إذا قال: والله لا وطئتك سنةً ثم قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر فهل تدخل الخمسة الأشهر في السنة وجهان أحدهما: تدخل فيها إذا تأخرت كما تدخل فيها إذا تقدمت فقال: والله لا وطئتك خمسة أشهر ثم قال: والله لا وطئتك سنة فعلي هذا يكون إيلاء واحداً على سنةٍ واحدةٍ بعضها يمين واحدة وهي سبعة أشهر من أولها إن حنث فيها لزمته كفارة خمسة أشهر بعدها بيمينين إن حنث فيها فيه قولان أحدهما: كفارة. والثاني: كفارتان. [٩٤/ب] والثاني: إن الخمسة الأشهر لم تدخل في السنة بخلاف ما إذا تقدمت لأن له الزيادة على المدة وليس له النقصان من المدة، فإذا كان الثاني ناقصاً وليس له النقصان حمل على الاستئناف، وإذا كان الباقي زائلاً وله الزيادة حمل على التداخل فعلى هذا يكون مؤلاً سنةً وخمسة أشهر بيمينين وهل يكون ذلك إيلاءً واحداً أو إيلاءين وجهان أحدهما: يكون إيلاءً واحداً يوقف فيه وقفاً واحداً ولا يجب عليه إذا وطئ في أحد الزمانين إلا كفارة واحدة لأن أحد الزمانين لم يدخل في الآخر، والثاني: وهو الأظهر إنهما إيلاءان مدة الأول منهما سنة ومدة الثاني خمسة أشهر ويوقف في كل واحد منهما ويضرب له مدة التربص ولا يفي دفعة في أحدهما عن دفعة في الآخر، فإن وطئ فيهما لزمه كفارتان.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك ثلاثة أشهر، فإذا مضت فوالله لا أطأك ثلاثة أشهر لم يكن مولياً، وإن قال ذلك عشرين مرة لأن كل يمين لم تزد مدتها على أربعة أشهر، ولذلك لو قال: والله لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أطأك أربعة أشهر لم يكن مولياً، وهل يأثم به إثم المولي؟ يحتمل وجهين، ومن أصحابنا من قال: يكون مولياً لأنه منع نفسه من الوطئ أكثر من أربعة أشهر بأيمان ولا فرق بين أن يمنع بيمين واحدةٍ أو بأيمان ولانه لا يمكنه الوطئ بعد أربع أشهر ألا يحنث من الوطئ أيد الحكم اليمين ولا يكون مولياً وهذا حسن ولكن الأول ظاهر المذهب [٩٥/أ] لأن اليمين الأولى لو انفردت لم يكن مولياً والحكم يتعلق بها دون غيرها فلا يصير مولياً بضم مثله إليه.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا أطأك سنة يكون مولياً وفي ابتداء مدة الوقف وجهان أحدهما: بعد مضي أربعة أشهر إذا قلنا في المسألة السابقة بالوجه الأول والثاني يوقف من الأربعة الأشهر إذا قلنا هناك بالوجه الثاني.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك أربعة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أطأك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أطأك أربعة أشهر بقية وجهان أحدهما: يكون مولياً في الحال ويتربص

به أربعة أشهر والثاني: لا يكون مولياً حتى تمضي أربعة أشهر ثم يصير مولياً ثم إذا مضت خمسة أشهر زال حكم الإيلاء.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أطأك أربعة أشهر وواللّه لا أطأك أربعة أشهر، ففي تداخل الزمانين وجهان أحدهما: يتداخلان حملاً على تكرار التأكيد فعلى هذا لا يكون مولياً لقصوره عن مدة الإيلاء. والثاني: لا يتداخلان ويكون مدة المنع ثماية أشهر لكنها بيمينين فعلى هذا هل يجري عليه حكم الإيلاء؟ وجهان بناءً على الوجهين فيما لو قال: واللّه لا أطأك سنة وواللّه لا أطأك خمسة أشهر ولم يجعل أخذ الزمانين داخلاً في الآخر هل يكون إيلاءً واحداً أو إيلاءين؟ على وجهين، فإذا جعلنا ذاك إيلاءً واحداً جعلنا هذا مولياً، وإن جعلنا ذلك إيلاءين لم يجعل هذا مولياً لأن كل واحد من الزمانين يقصر عن مدة الإيلاء.

مسألة(١): قال: ولو قالَ: «إنْ قربتكِ فعليَّ صومُ هذا الشهرِ كلّهُ لمْ يكنْ مولياً» [٩٥/ب].

الفصل

إذا قال: إن قربتك فلله عليَّ صوم هذا الشهر كله لم يكن مولياً قولاً واحداً، أما على قوله القديم فلأنها ليست يميناً باللّه، وأما على قوله الجديد فلأن المولي من لا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر وهذا يمكنه النية بعد التربص يعتبر ضرر لأنه إذا وطئ لم يجب عليه شيء بهذا النذر فإن الشهر قد فات فهو كما لو قال: إن وطئتك فللّه عليَّ صوم أمس لا يكون مولياً فإن قيل: أليس إذا قال: للّه عليَّ أن أصوم اليوم الذي تقدم فيه فلان انعقد نذره، وإذا قدم بالنهار لم يمكنه صوم ما مضى من النهار ثم يصح النذر بعد ذلك قلنا: لأنه يمكنه أن يصوم جميع اليوم وهو إذا عرف أنه يدخل غداً أصبح صائماً فإذا قدم أتمه فيكون الصوم من وقت القدوم واجباً، فأما الصوم في الشهر الماضي محال ولا سبيل إليه فافترقا، فإذا ثبت هذا الحكم نذره مراعى فإن لم يطأ حتى مضى الشهر انحل النذر، وإن وطئ قبل انقضاء الشهر وجد شرط نذره وهو نذر لجاج وغضب فيه قولان أحدهما: أنه يخير بين الوفاء بما قاله من الصيام، ومن أن يكفر كفارة اليمين وهذا قد بقي عليه بعض الشهر فأما أو بصومه أو يكفر كفارة يمين وهو الذي نص عليه هاهنا، والثاني: يلزمه الوفاء بما قاله وبه قال أبو حنيفة، وقيل: فيه قول ثالث: يلزمه كفارة يمين فقط وهو اختيار القفال.

فرع

لو نكر الشهر فقال: إن قربتك فللّه عليَّ صوم شهراً وسمى شهراً يأتي بعد أربعة

(١) انظر الأم (٤/ ٩٧).

أشهر مثل إن قال في أول رمضان: إن قربتك فللّه عليَّ أن أصوم محرم أو صفر كان مولياً على قوله الجديد لأنه لا يمنه الوطئ بعد أربعة أشهراً لا بلزوم شيء لأن الوفاء به ممكن إذا حنث فالحكم فيما يلزمه على ما ذكرنا [٩٦/أ] من الأقوال وعلى هذا لو قال: إن قربتك فعليَّ صوم هذه السنة فإن كان قد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فهو مولي وإلا فلا، ولو قال: صوم سنةٍ كان مولياً.

فرع آخر

لو قال: واللّه لا أقربك إن شئت قال في «الأم»[(١)]: لا يكون مولياً إلا أن تشاء فإن شاءت فهو مولي ولو قال: واللّه لا أقربك كلما شئت، فإن قال: أردت به كلما شئت أن لا أقربك فإني لا أقربك كان مولياً إذا شاءت، ولو قال أردت به أني إنما أقربك إذا شئت أنا فأما كلما شئت أنت فلا أقربك قال الشافعي[(٢)] لا يكون مولياً.

فرع آخر

لو قال: إن قربتك فعليَّ صوم الشهر الذي أطأك فيه كان مولياً على ما ذكرناه، فإن وطئها في شهرٍ لزمه بقية ذلك الشهر على قولٍ، وهل يلزمه صوم اليوم الذي وطئها؟ فيه وجهان بناءً على أنه إذا قال للّه عليَّ أن أصوم هذا اليوم هل يلزمه؟ وجهان أحدهما: يلزمه إلا أن لا يمكنه أن يصوم ذلك اليوم لأن الصوم لا يتبعض فيقضي يوماً، والثاني: لا يلزمه شيء ذكره القفال وهو صحيح ظاهر.

مسألة[(٣)]: قال: ولو قالَ: إنْ قربتكِ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً وقفَ، فإنَ فاءَ فإذا غابتَ الحشفة طلقتْ ثلاثاً، فإنْ أخرجهُ ثمَ أدخلهُ بعدَ فعليهِ مهرُ مثلِهَا

الفصل

لفظ القربان كناية وفي جميع المواضع التي ذكرها الشافعي وغيره لا على قصد أنه صريح أو كناية ولكنه أحسن في عبارة الجماع، فإذا ثبت هذا نقول: إذا حلفت بالطلاق الثلاث لا تقربها كان مولياً على قوله الجديد فيوقف أربعة أشهر، فإذا مضت يقال له: إما أن نختار الطلاق [٩٦/ب] أو اختار الفيء، فإن اختار الطلاق فطلقها طلقة رجعية فقد وفاها حقها لهذا التربص ثم ينظر فإن تركها حتى انقضت عدتها بانت وسقط الإيلاء، وإن راجعها استأنف التربص ثانياً لأنه لا يمكنه الفعل بعد التربص إلا بضرر أيضاً وعلى هذا حتى يستوفى عدد الطلاق ثم إذا نكحت زوجاً آخر ثم عادت إلى الأول هل يعود الإيلاء في القديم؟ قولان، وفي «الجديد» لا يعود قولاً واحداً، وإن اختار الفيئة فالمذهب المنصوص إن له ذلك.

وقال ابن خير: إن وحده ليس له ذلك ويكلف الطلاق لأنه إذا أولج في فرجها

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٥٠).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٥٠).
(٣) انظر الأم (٤/ ٩٧).

حرمت عليه فلم يجز الإقدام عليه كالصائم إذا تحقق بخبر صادق أنه لم يبق إلى طلع الفجر إلا قدر إيلاج الذكر دون إخراجه حرم عليه الإيلاج، وإن كان في زمان الإباحة بتحريم ما بعد الإيلاج في زمان الحظر وهذا غلط لأن الإيلاج يصادف الزوجية ثم تبين بعد حصول الإيلاج، ولو قال له رجل: ادخل داري ولا تقم فيه استباح الدخول بالإذن، وإن وجب عليه الخروج لمنعه ويكون الخروج، وإن كان في زمان الحظر مباحاً لأنه نزل لذلك هاهنا ولا يؤاخذ بما لا يدخل تحت القدرة عن زيادة الحشفة.

وأما الصائم إذا أخبره بنى فيه وجهان أحدهما: لا يحرم عليه الإيلاج لوجوده في زمان الإباحة، وإن كان النزول في زمان الحظر وعليه جماعة من أصحابنا، والثاني: يحرم عليه، والفرق أن التحريم قد يطرأ على الصائم بغير الإيلاج فجاز أن يحرم عليه الإيلاج والمولى لا يطرأ عليه التحريم بغير الإيلاج فلم يحرم عليه الإيلاج، فإذا تقرر هذا فإذا أولج قدر الحشفة وقع الطلاق وخرج من حكم الإيلاء فإن أخرج [٩٧/أ] في الحال لم يلزمه بالإخراج شيء لأنه لم يتجاوز إلى محظور فهو كما لو أحرم لابساً للمخيط ثم نزع عقيب الإحرام لا فدية عليه، ثم إن أولج ثانياً قال أصحابنا: إن كانا عالمين بوقوع الطلاق بالإيلاجة الأولى وتحريمها عليه كانا زانيين ويلزمهما الحد، وإن كانا جاهلين كان وطء شبهة فيجب مهر المثل ولا حد ووجه الشبهة فيه أنه يجوزان بجهلاً ويعتقدا أن الإيلاجة الثانية مع الأولى وطئ واحد لأن الوطئ هو الإدخال والإخراج وهذا اختيار القفال والقاضي الطبري وجماعةٍ وهو القياس والصحيح، وقال أبو حامد: ظاهر المذهب أنه لا يلزمهما الحد، وإن كانا عالمين لأنه نص فقال: إن أخرجه ثم أدخله بعد فعليه مهر مثلها ووجه أن هذا الفعل في العادة كالجماع الواحد وكان تحليل أوله شبهة في تحريم آخره، وهذا لا يصح لأنه إيلاج مستأنف بعد العلم بالتحريم فلا يتعلق حكمه بالأول وتأويل نص الشافعي في الجاهل: وقيل: إن قضى وطرة بالأول يلزم المهر بالثاني وإلا فلا، فإذا قلنا: لا حد فلها المهر ويعزر، وإذا قلنا: يلزم الحد وكانا عالمين لا يلزم المهر لها، وإن كانا جاهلين عزرا ويلزم المهر لها، وإن كانت الإيلاجة الثانية مع الإيلاجة الأولى منسوبتين إلى وطئ واحدٍ لأنه لما تميزت الأولى عن الثانية في التحريم حتى حلت الأولى وحرمت الثانية تميزت في المهر، وإن كانتا من وطئ واحدٍ ولهذا لو تكرر الوطئ في نكاح مائة مرةٍ لم يجب إلا مهر واحد، ولو اختلف حكمه بأن وطئ مرةً بنكاح ومرةً بشبهة تميز حكمهما ووجب مهران ثم الإيلاجة الثالثة والرابعة في حكم الثانية لاستواء الكل [٩٧/ب] في الحكم، وإن كان الرجل عالماً والمرأة جاهلة أو عالمةً ولكنهما لا تقدر على دفعه يلزم المهر لها وفي حده وجهان، وإذا كان الرجل جاهلاً والمرأة عالمةً به ففي وجوب الحد عليها وجهان، والمهر على هذين الوجهين، وقد ذكرنا من قبل أن حكمه الحد معتبر بكل واحد منهما وحكم المهر معتبر بهما وحكم النسب والعدة معتبر به وفي تحريم المصاهرة وجهان.

قال القفال: عندي أنه معتبر به فإن كان عالماً فماءه فاسد لا يثبت به تحريم المصاهرة في الجانبين ولا تحرم عليه أمها وابنتها ولا تحرم على أبيه وابنه، والوجه الثاني: يعتبر بكل واحد منهما ويثبت عند الشفعة في إحداهما، وإن مكث على ذلك أو أكمل الإيلاج فقد أساء ولا حد عليه سواء كان عالماً أو جاهلاً وسواء استدام حركة الوطئ حتى أنزل أو لم يستدمها حتى أخرج لأنها إيلاجة واحدة أولها مباح وآخرها فلا حد لاجتماع التحليل والتحريم في الفعل الواحد شبهة يدرأ بها الحد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه الحد كما يلزمه كفارة رمضان إذا مكث مجامعاً وهذا غلط وهل يلزمه المهر، ظاهر قوله هاهنا أنه لا مهر عليه لأنه قال: فإن أخرجه ثم أدخله بعد فعليه مهر مثلها فدل على أنه إذا لم يفعل هكذا ومكث لا يلزمه شيء، ومن أصحابنا من قال: يلزمه المهر لأنه قال في كتاب الصيام إذا طلع الفجر وهو مجامع فمكث أفسد صومه وقضى وكفر فجعل المكث كالابتداء في وجوب الكفارة وهذا هو القياس، ومن اختار القول الأول فرق بأنها إيلاجة واحدة لا يتميز حكمها فإذا لم يجب بابتدائها مهر لم يجب باستدامتها مهر والكفارة في الصوم تتعلق بشيئين الزمان والاستدامة فلما كان [٩٨/أ] الزمان معتبراً جاز أن تميز به حكم الابتداء وحكم الاستدامة ولأن إيجاب المهر هاهنا بالاستدامة يقضي إلى إيجاب مهرين بوطء واحد وهو أن تكون مفوضة غير مدخول بها فيجب لها بالتقاء الختانين مهر وباستدامة الإيلاج مهر آخر وهذا لا يجوز، والكفارة لا توجب إلا واحدة فافترقا وقيل في الكفارة والمهر قولان على سبيل النقل والتحريج وليس بشيء.

مسألة(١): قال: وإنْ أبىٰ أن يفيءَ طُلقَ عليهِ واحدةٌ.

الفصل

كل من ألى إيلاءً شرعياً كان له التربص أربعة أشهر لا يتوجه عليه فيهن مطالبة بنية ولا طلاقٍ، فإن فعل ذلك فقد قدم حقاً لم يجب عليه قبل محله وإن لم يفِ لم يطلق حتى تنقضي المدة، فإذا انقضت وقفناه وطالبناه بالنية أو بالطلاق، فإن فاء انحلت الإيلاء أو زالت اليمين لأنه قد حنث فيها، وإن طلق طلقة واحدةً فقد وفاها حقها لهذا التربص، فإن لم يفِ ولم يطلق فالسلطان لا مدخل له في النية ولكنه هل يطلق عليه، قال في «الجديد»: يطلق عليه وبه قال مالك وأحمد في روايةٍ، وقال في «القديم»: فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: لا يطلق عليه بل يضيق عليه حتى يكون هو الذي يطلق وهو ضعيف والدليل على بطلانه أنه حق لمعين تدخله النيابة، فإذا امتنع من إيفائه يستوفيه الحاكم كسائر الحقوق، وإذا قلنا: أنه لا يطلق الحاكم يحبس ويعزر حتى يطلق، فإذا طلقها طلقة فقد وفاها حقها لهذا التربص، فإن زاد على طلقةٍ واحدةٍ فقد

(١) انظر الأم (٤/ ٩٧).

تطوع بالفضل، وإذا قلنا: يطلق عليه السلطان فلا يزيد على طلقة واحدةٍ لأنه لا ينوب عنه في أكثر مما يجب عليه [٩٨/ب] سواء طلق هو أو السلطان فإنها طلقة رجعية إذا كان بعد الدخول ثم ينظر، فإن لم يراجع فلا كلام وإن راجع ضربت له مدة أخرى من حين الرجعة، فإذا انقضت وقفناه فإن فاء أو طلق وإلا طلق على ما ذكرناه، ويفعل كذلك حتى ينقضي طلاق ذلك الملك ثلاثاً، وقال أبو ثور يطلق القاضي تطليقة ثانية لأنها فرقة لدفع الضرر فسائه فرقة العنة وهذا غلط لأن ذلك فسخ وليس بطلان وهذا طلاق مجرد صادق اعتداد لم يستوفِ عدده فلا يخلو عن الرجعة، فإن قيل: خالفتهم نص القرآن لأن اللّه تعالى ضرب المدة للمولى أربعة أشهر وأنتم تضربون له ثلاث مدد إذا كان اطلاق رجعياً، قلنا: أمر اللّه تعالى ضرب المدة في الابتداء أربعة أشهر ونحن نقول به فأما بعد الرجعة والطلاق فلم يذكر اللّه تعالى ولكنا قسنا على الابتداء.

مسألة: قال[1]: ولو قالَ: أنتِ عليَّ حرامٌ يريدُ تحريمَها بلَا طلاقٍ أو اليمينَ بتحريمهَا فليسْ بمولٍ.

إذا قال لها: أنت عليَّ حرام ونوى تحريمها بلا طلاق أو اليمين بتحريمها لا يكون مولياً لأنه يتعلق فيه الكفارة باللفظ، وإذا وطئها لم يلزمه شيءٌ والمولي من يخشى بالوطء لزوم شيء، ولو قال: إن وطئتك فأنت عليَّ حرام يصير مولياً لأنه أي وقت وطئها يلزمه الكفارة سواء قلنا: أنه صريح في إيجاب الكفارة أو قلنا: أنه كناية وهو نوى التحريم وهذا على قوله الجديد، فأما قوله القديم لا يكون مولياً لأنه حلف بغير اللّه.

فرع

ولو قال: إن وطئتك فأمتي عليَّ حرام ونوى العتاق أو نوى تحريم عينها يكون مولياً أيضاً على هذا القول. [٩٩/أ]

فرع آخر

لو قال لها: أنت عليَّ حرام وقال: نويت أنها حرام عليَّ أن أصبتها فنيته قد خالفت ظاهر لفظه لأن ظاهر قوله أنت عليَّ حرام يوجب تعجيل الكفارة في الحال، ونيته أنها حرامٌ عليه إن أصابها يوجب تأخير الكفارة إلى الإصابة وهذا يحتمل يدين فيه لأن الكفارة حق اللّه تعالى وقد اعترف بالإيلاء وفيه حق للزوجة فوجب أن يصير بذلك مولياً، ومن أصحابنا من قال: لا يكون مولياً ولا يقبل قوله في الحكم وهذا غلط لما ذكرنا.

مسألة: قال[2]: «ولو قال: إذا قربتكِ فغلامي حرٌ عن ظهارِي إن تظاهرتْ لم يكنْ مولياً حتى يُظَاهِرَ».

---

(١) انظر الأم (٤/٩٧).

(٢) انظر الأم / ٤/ ٩٨).

الأصل فيه أنه علق عتق عبده بشرطين إصابته وظاهره فإن وجد أعتق العبد، وإن وجد أحدهما لم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار وأكلت الخبز فأنت حرٌ لا يعتق ما لم يدخل الدار ويأكل الخبز جميعاً، وإذا وجد الشرطان عتق العبد بعدم الظاهر على الإصابة أو الإصابة على الظهار وعلى كل حال فبهذا القدر من القول لا يكون مولياً لأنه يمكنه النية من غير ضرر، فإن العتق لا يقع بوجود أحد الشرطين ثم ينظر، فإن لم يصبها ولم يظاهر فلا كلام، وإن فعل ذلك لا يخلو إما أن يقدم الإصابة أو الظهار فإن قدم الإصابة خرج من الإيلاء وله الإصابة بعد هذا متى شاء من غير ضرر عليه فيه لأن عتق عبده بعد الإصابة يكون بشيء آخر وهو الظهار، فإن تظاهرت بعد ذلك عتق العبد لوجود الصفتين ولا خلاف بين أصحابنا أنه لا يجزيه عن الظهار، واختلفوا في تعليله فقال ابن أبي هريرة: إنما لم يجز لأنه يقع العتق بالحنث فلا يجوز عن شيئين حنث وظهار، وقال أبو إسحاق [٩٩/ب] وغيره: إنما لم يجز لأن إيقاع العتق تقدم الظهار وإنما يجوز العتق عن الظهار إذا كان الإيقاع متأخراً عن الظهار وهذا أصح.

وقد نص الشافعي في نظير هذه المسألة على مثل هذا التعليل فقال(١): ولو قال لعبده: أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظاهرت كان حراً في الحال ولم يجزه إن تظهر لأنه لم يكن بظهار ولم يكن سبب منه ولم يقل أن العتق وقع بالحنث هذا إذا قدم الإصابة فإن قدم الظهار أولاً لم يعتق العبد ولكنه صار الآن على صفةٍ قد منع نفسه من جماعه بعد التربص إلا بضرر وهو عتق العبد فهل يكون مولياً أم لا؟ على القولين لأنها يمين بغير اللّه تعالى، فإذا قلنا: صار مولياً تربص أربعة أشهر، فإذا مضت طولب بالنية، فإن فاء عتق العبد بوجود الصفة ولم يجزه عن الظهار قولاً واحداً لما ذكرنا من التعليلين، فأما إذا تظاهر منها أولاً لزمته الكفارة، ثم قال: إن قربتك فغلامي هذا حر عن ظهاري صار مولياً في الحال، فإذا انقضت أربعة أشهر طولب فإن طلق فلا تفريع عليه، وإن وطئ فقد عتق العبد ويجزيه عن الظهار على قول أبي إسحاق لأنه اعتاق متأخر عن الظهار، ولا يجزيه على قول ابن أبي هريرة لأنه عتق وقع بالحنث، فإن قيل: فعلى قول أبي إسحاق ينبغي أن لا يكون مولياً لأنه لا ضرر عليه بعتق هذا العبد فإنه متى عتق وقع عن كفارته قيل: يكون مولياً على قوله أيضاً، لأنه وإن عتق عن ظهاره فقد لحقه الضرر لأن العبد تعين عليه فيه وقد يكون أعلى ثمناً من عبد يجزئه في الكفارة وقد يكون فيه معاني يستضر بعتقه لها لثقته وأمانته وطاعته له فلا يترك ينفك عن الضرر وكان مولياً. [١٠٠/أ]

مسألة: قال(٢): «ولو قال: إن قربتكِ فللّه عليَّ أن أعتقَ فلاناً عن ظهارِيٌ وهو مظاهرٌ لمْ يكنْ مولياً».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٥١).

(٢) انظر الأم (٤/ ٩٨).

الفصل

إذا تظاهر منها ثم قال: إن قربتك فعليَّ أن أعتق هذا العبد عن ظهاري نقل المزني: أنه لا يكون مولياً وليس عليه أن يعتق عبده وعليه كفارة يمين وغلط في النقل لأن الشافعي ذكر هذه المسألة في «الأم» و«الإملاء» وقال فيهما: يكون مولياً لأنه إذا وطئها إما أن يلزمه عتقه أو ينتقل إلى كفارة يمين، وإذا خشي في الوطئ لزوم الغرم كان مولياً فإذا ثبت هذا ووطئها فهو بالخيار إن شاء أعتقه، وإن شاء كفر كفارة اليمين، لأنه نذر اللجاج فإن أعتقه عند أبي إسحاق يجزئه عن ظهاره وعند ابن أبي هريرة لا يجزئه عن ظهاره على ما ذكرنا، وإن كفر أولاً كفارة اليمين بقي العبد خالصاً يجوز عتقه عن الظهار قولاً واحداً.

واعلم أن المزني نقل وعليه كفارة يمين وهذا مشكل لأنه أوهم تعيين الكفارة، ولو حملناه على هذا كان جواباً على القول المنصوص في كتاب الأيمان لا على قول التنجيز بين الوفاء والكفارة المنصوص في كتاب الإيلاء قبل هذه المسألة في قوله إن قربتك فعليَّ صوم هذا الشهر ويبعد أن يجب في الباب الواحد بمثل هذين القولين المختلفين، وإزالة هذا الإشكال بأن يقال معنى قوله وعليه فيه كفارة اليمين إن شاء، وإذا عتق العبد سقطت عنه الكفارة، ألا تراهُ قال: وليس عليه أن يعتق فلاناً ولو كان جواباً عليَّ بعين الكفارة لكان يقول ولا يجزئه أن يعتق فلاناً عن كفارة اليمين.

ومن أصحابنا من تعصب للمزني، وقال هذا النقل صحيح وإنما نقله عن القديم إنه لا يكون مولياً [١٠٠/ب] بغير اليمين باللّه تعالى وهذا ليس بشيء لأن الشافعي لم يذكر هذه المسألة في «القديم» أصلاً، فإذا تقرر هذا اختار المزني أنه لا يكون مولياً ولا يلزمه عتقه ولا يلزمه كفارة اليمين أيضاً، وبه قال أبو حنيفة واحتج بأن تعيين العتق الواجب في عبدٍ بعينه لا يلزم، وإذا لم يلزم لا يجب كفارة اليمين كما لو قال: للّه عليَّ أن أصوم يوم الخميس عن الصوم الذي عليَّ لم يكن عليه صوم يوم الخميس وأي يوم صامه جاز ولا معنى لهذا النذر حتى يلزمه كفارة كذلك هاهنا، وكذلك لو عين للصلاة الواجبة عليه وقتاً أو عين دراهم الصدقة الواجبة عليه من الدراهم لا يلزم ذلك بعينه، والجواب: أن الصوم إذا كان في الذمة لا يمكن تعليقه بالعين لأنه لا حق لعين اليوم فيه وللعبد حق في العتق فجاز أن يتعين فيه بتعيينه، وأيضاً تعلق العتق بعين العبد أكد من تعلق الصوم بعين اليوم، ألا ترى أنه إذا قال: للّه عليَّ أن أصوم يوم كذا، وفات ذلك اليوم صام في غيره، ولو عين العتق في عبدٍ بعينه فمات العبد لا يلزمه أن يعتق غيره ومن هذا قيل: إذا قال: للّه عليَّ أن أعتق هذا عن الواجب عليَّ يتعين، ولو قال: للّه عليَّ أن أفرق ذكاتي على هؤلاء الفقراء يتعين، ذكره القاضي الحسين.

مسألة: قال[١]: «ولو آلىٰ ثم قالَ لأخرىٰ: قدْ أشركتكِ معهَا فِي الإيلاءِ لم تكنْ شريكتَهَا».

---

(١) انظر الأم (٤/٩٨).

في هذا الفصل ثلاث مسائل: أحدها: أن يولي منها باللّه تعالى ثم قال للثانية أشركتك معها في الإيلاء ونوى أنه آلى منها كما آلى من الأولى لم يكن مولياً من الثانية لأن [١٠١/أ] الإيمان بالله تعالى لا تنعقد بالغاية كما لو قال: واللهِ لا دخلت الدار ثم قال: هذه اليمين لازمة لي في أكل الخبز لم يكن حالفاً على أكل الخبز.

والثانية: أن يولي منها بالطلاق فقال: إن أصبتك فأنت طالق ثم قال للأخرى: قد أشركتك معها، وقال أردت أن لا تطلق الأولي بالإصابة حتى ينضاف إلي إصابتها أصابتك أيضاً، فلا يصح ذلك ولا يكون مولياً من الثانية لأنه علق طلاق الأولى بصفةٍ فلا يجوز أن يضم إليها صفةً أخرى كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: وإن أكلت الخبز أيضاً فالطلاق يتعلق بالدخول وحده كذلك هاهنا وقول الشافعي لم تكن شريكتها عاد إلى هاتين المسألتين.

والثالثة: أن يولي منها بالطلاق ثم قال للأخرى: قد أشركتك معها، وقال: أردت أني إذا أصبتك أيضاً طلقت الأولى أو طلقتِ أنت فيكون مولياً عن الثانية لا علق طلاقها بصفة وتعليق الطلاق بالصفة يصح بالصريح والكناية بخلاف اليمين بالله تعالى فإنها لا تصح إلا بالصريح وعلى هذا لو قال: أليت منك بما إلى فلان من زوجته وكان فلان إلي من زوجته بالطلاق صح وكان مولياً. وقال القفال: إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لإمراةٍ له أخرى: أنت شريكتها لا يجوز سواءٌ أراد أنك إن دخلت الدار طلقت أيضاً، أو أراد إذا دخلت الأولى الدار وطلقت طلقتِ معها لأنه تشريك في اليمين وما ذكرنا الأصح لما بينا أنه تعليق الطلاق يصح بالكناية.

مسألة: قال(١): ولو قالَ: إن قربتكِ فأنتِ زانيةٌ فليسَ بمولٍ.

الفصل

إذا قال هذا لا يكون قاذفاً [١٠١/أ] إذا قربها ولا يكون مولياً قبل أن يقربها لأن القذف معلقاً بالصفات لا يجوز لأن القذف ما تردد بين الصدق والكذب، وإذا كان محكوماً بكذبه لا يصح القذف وهذا محكوم بكذبه لأن من لم تكن زانية قبل وجود صفةٍ منه لا تصير زانية بوجودها وإنما يلزمه حكم الإيلاء إذا التزم بالقربان حقاً للّه تعالى وهاهنا لم يلتزم ذلك.

مسألة: قال(٢): ولو قالَ: واللَّهِ لا أصبتكِ سنةً إلا مرةً لم يكنْ مولياً.

الفصل

إذا قال: واللّه لا أصبتك سنةً إلا مرة لم يكن مولياً في الحال لأنه لو قربها لم يلزمه شيء هذا هو المنصوص في الجديد، وقال في «القديم»: فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: يكون مولياً لأنه لا يمكنه الوطئ إلا بضرر وهو انعقاد يمينه بالإمتناع من

(١) انظر الأم (٤/٩٨).

(٢) انظر الأم (٤/٩٩).

الوطئ وأصل القولين هو أنه إذا قال لأربع نسوة له: والله لا أقربكن كلكن، ففي الجديد ليس بمولي حتى يطأ ثلاثاً فيكون مولياً من الرابعة وفي «القديم» فيه قولان، أحدهما: هذا، والثاني: يكون مولياً في الحال منهم، وإن كان لا يحنث إلا بوطئ الأربع لأن وطء الأولى يقربه إلى الحنث، فإذا قلنا بالقول الجديد وهو الصحيح فيطئ يصير كأنه حلف الأن فيظر فيما بقي من السنة، فإن كان أكثر من أربعة أشهر فهو مولي، وإن كان أقل فليس بمولي ولكن حكم اليمين قائم متى وطئها حنث.

فرع

لو قال: والله لا وطئتك سنة إلا يوماً لا يكون مولياً أيضاً كما لو قال إلا مرة، وبه قال أبو حنيفة، وقال زفر: يكون مولياً لأن اليوم المستثنى يكون من آخر السنة، كما لو قال: أحلتك بالثمن شهراً إلا يوماً كان اليوم من آخر الشهر وهذا غلط لأن اليوم [١٠٢/أ] المستثنى منكر فلم تحيض بيوم دون يوم كما لو قال: لا أكلمك سنةً إلا يوماً كان له أن يكلمه إلى يوم شاء ويخالف مسألة الأجل، لأنه لو جاز له مطالبته في يوم قبل أخره بطل حكم التأجيل لأنه يسقط بقضاء الدين والوطئ هاهنا في يوم لا يمنع تعلق اليمين بما تقدمه.

مسألة: قال(١): ولو قال: إن أصبتُكِ فواللَّهِ لا أصبتُكِ لَم يكنْ مولياً حتىٰ يصيبَهَا.

الفصل

إذا قال: إن أصبتك فوالله لا أصبتك لا يكون مولياً ما لم يصيبها لأنه إيلاء بصفةٍ وهي إصابتها فلا يصير مولياً قبلها، فإذا أصابها يصير مولياً كما لو قال: إن دخلت الدار فوالله لا أصبتك يصير موليا إذا دخلت الدار، وقال القفال: في هذه المسألة طريقان، أحدهما: أنها والمسألة الأولى على سواءٍ في الجديد قولٌ واحدٌ، وفي «القديم» قولان لأن الوطئ الأول يقربه إلى الحنث هاهنا أيضاً، والثاني: لا يصير هاهنا مولياً قولاً واحداً لأنه علق كونه مولياً بصفة فلا يصير مولياً قبل وجودها، قال: وهذا مبني على أنه إذا قال: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي هل يعد اليمين بدخول الدار من أسباب كفارة الظهار حتى لو كفرنا عتق عن الظهار يعد اليمين، وقبل دخول الدار وانعقاد الظهار أجزأه عن كفارته أم لا؟ في المسألة وجهان، قال ابن الحداد: يجزيه ذلك فعلى هذا يصير مولياً هاهنا على أحد القولين، ويعد الوطئ الأول: من أسباب إيجاب الكفارة فيصير مولياً قبله، والثاني: لا يجزيه، والسببان للكفارة الظهار والعود، فأما اليمين فلا فعلى هذا السبب هاهنا الوطئ الثاني دون الأول [١٠٢/ب] فقبل الأول لا يكون مولياً قولاً واحداً.

مسألة: قال(٢): واللَّهِ لا أقربكِ إلىٰ يومِ القيامةِ.

---

(١) انظر الأم (٤/٩٩).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٠٠).

الفصل

إذا حلف لا يقربها لا يخلو إما أن يطلق أو تعلقه مدةً أو يعلقه بفعلٍ، فإن أطلق فقال: والله لا أطأكِ كان مولياً لأنه يقتضي التأبيد، وكذلك لو قال: أبداً أو قال ما عشت أو عشتِ أو عشنا لأنه هو الأبد في حقها، وإن علقه بمدةٍ محدودة نظر فإن زادت على أربعة أشهر كان مولياً، وإن كانت أربعة أشهر فما دونها لا يكون مولياً على ما ذكرنا وإن علقه بمدة محدودة نظر، فإن زادت على أربعة أشهر كان موليًا، وإن كانت أربعة أشهر فما دونها لا يكون موليًا على ما ذكرنا. وإن علقه بفعل فهو على خمسة أضرب ضربان منها يكون مولياً فيهما، أحدهما: أن يعلقه بما يقطع أنه لا يكون إلى أربعة أشهر كقوله: إلى يوم القيامة لأن صاحب الشرع أخبر أن بين يدي الساعة إمارات وأشراطاً تزيد مدتها على أربعة أشهر، وهكذا لو قال: لا أطأكِ حتى أخرج إلى اليمين وهو بالعراف. والثاني: أن يعلقه بما لا يقطع به أنه لا يكون إلى أربعة أشهر ولكنه يغلب على الظن أنه لا يكون إلى ذلك الوقت كنزول عيسى ابن مريم صلى اللّه على نبينا وعليه وسلم وخروج الدجال والدابة وطلوع الشمس من مغربها فيكون مولياً هاهنا أيضاً أحداً بغالب الظن، ومن أصحابنا من جعل أشراط الساعة كلها كالقيامة في أنه يكون مولياً قطعاً لأن لها إمارات منذوره كالقيامة تتأخر قبل وجودها عن مدة التربص. وقال القاضي الماوردي[1] الصحيح من إطلاق الوجهين فيه أن يقال: ما صحت به أخبار الأنبياء أنه يترتب فيكون بعضها بعد بعض كنزول عيسى ابن مريم ﷺ يكون بعد ظهور الدجال كان إيلائه إلى نزول عيسى ﷺ قطعاً وإيلاؤه إلى ظهور الدجال [١٠٣/أ]

فغلبه الظن لجواز حدوثه قبل أربعة أشهر، وما لم يترقب منها فهو مولٍ بغلبة الظن دون القطع، وهذا من الإخلاف الذي لا يفيد؛ لأن موجب الإيلاء فيما لا يختلف.

ومن أصحابنا من قال: قوله: «حتى أموت، أو تموتي، أو يموت زيد» من هذه الجملة؛ لأن الناس يستبعدون بعضهم موت بعض، ويقصدون بمثل هذا التأبيد والتبعيد وهو ظاهر المختصر، ذكره القفال، والقاضي الطبري وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: هذا صحيح في قوله: «حتى تموتي أو أموت، لأنه عبارة عن التأبيد، إذ لا يتصور الوطيء بعد موت أحدهما، ولو أطلق التقت بمدة حياتهما، فأما إذا قال: حتى يموت فلان فلا يكون مولياً، كقوله: حتى يقدم زيد لتردد حاله بين الموت والبقاء، ولو كان إيلاء الزوجين مطلقاً لم يتقدم بموته. وقيل: إن كان زيد في مرض مخوف لم يكن مولياً قولاً واحداً؛ لأن الظاهر من حاله موته قبل مدة التربص لإمارات الموت، وإن كان زيد صحيحاً أو في مرض غير مخوف، فيه وجهان على ما ذكرنا أن الظاهر بقاؤه إلى مدة التربص، وهذه الصلة موجودة هاهنا، والدليل على

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٦٨).

صحة هذه الصلة أنه لو قال: إن أصبتك فعبدي حر كان مولياً، وإن جاز أن يموت عنده أو يبيعه قبل مدة التربص فلا يكون مولياً، ولكن علينا حكم الظاهر مع جواز خلافه كذلك هاهنا. وثلاثة أضرب منها لا يكون مولياً فيها: أحدها: أن يعلقه بما يقطع أنه يكون قبل أربعة أشهر ويجوز أن يزيد عليها مثل أن يقول: حتى تقدم القافلة، والغالب أنها تدخل إلى أيام، فإنها قد قربت من البلد. والثالث[1]: أن يعلقه على ما يجوز وجوده من أربعة أشهر، ويجوز أن يتأخر، وليس أحدهما بأولى من الآخر، مثل أن يقول: حتى يقدم زيد ولا يعرف موضعه [١٠٣/ب] أو يقول: حتى أمرض، أو تمرض، أو يمرض زيد، أو يشاء فلان فلا يكون مولياً، وإن امتد ولم يحصل ذلك إلى أربعة أشهر؛ لأنه لم يقصد الإضرار بها بيمينه، وإنما يكون مولياً إذ كان الغالب الإضرار بها في حال اليمين. ومن أصحابنا من قال: الأمر في هذا موقوف، فإن مضت أربعة أشهر ولم يحصل ذلك بان أنه كان مولياً، ذكره القفال. ثم اعلم أن المزني ذكر فطام الولد مع نزول عيسى ابن مريم ﷺ و يوم القيامة، وموته أو موتها وسوى بين الجميع، وقال: يكون مولياً. وقال في موضع آخر: حتى تفطمي ولدك لا يكون مولياً. قال أبو إسحاق: لا نعرف للشافعي في الفطام ما نقله المزني، والذي نص عليه من كتبه أنه لا يكون مولياً، ومن أصحابنا من تأوله وقال: إذا كان المولود ضعيفاً على صفة الغالب أنه لا يبقى ولا يعيش حتى يرضع أكثر من أربعة أشهر يكون مولياً، وإن كان المولود قوياً يكفيه أقل من ذلك لا يكون مولياً، فالقولان على هذين الحالين. ومنهم من قال: إنه علق اليمين على مدة الفطام وقد بقي إلى مدة الحولين أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن علق بفصل الفطام نفسه لا يكون مولياً؛ لأنها قد تفطمه قبل أربعة أشهر إذا أمكن ذلك، فالقولان على هذين الحالين. ثم اختار المزني أنه لا يكون مولياً في قوله: «حتى يموت فلان» كما لا يكون مولياً في قوله: «حتى يقدم فلان» لاحتمال كونه قبل أربعة أشهر، وقد بينا الفرق بينهما، هو أن الموت مستبعد عند الناس بخلاف القدوم من مسافة قريبة.

ومن أصحابنا من قال: في قوله: «حتى يقدم فلان» إن كانت عادته أنه يقدم من سنة إلى سنةٍ مع الحجاج كان مولياً اعتباراً بغالب العادة كالموت سواء.

قال: وقد قال الشافعي: [١٠٤/أ] «حتى تحبلي فليس بمولٍ» قلنا: فيه ثلاث مسائل: أحدهما: أن تكون شابة تحيض وتطهر ولا يكون مولياً؛ لأنه يحتمل أن تحبل قبل أربعة أشهر في الغالب، والحبل قد يكون من دون الوطىء باستدخالٍ. والثانية: أن يكون لها تسع سنين، فهذه يحتمل أنها تحبل على أربعة أشهر، ويحتمل غيره، والغالب أنها لا تحبل في العادة فيكون مولياً. والثالثة: أن تكون صغيرة لم تحض، أو كبيرة قد يئست من الحيض، فهذه قد يقطع أنها لا تحبل إلى أربعة أشهر فيكون مولياً.

---

(١) هكذا بالمخطوط، ولم يذكر الثاني.

وقال في «الحاوي»[١]: قال أبو حامد في المراهقة: يكون مولياً؛ لأن الظاهر تأخر البلوغ، وتأخره مانع من الحبل. والصحيح عندي لا يكون مولياً؛ لأن بلوغ المراهقة يمكن كحبل البالغة ممكن وليس أحد الأمرين بأغلب من الآخر، وإذا أمكن بلوغها أمكن حبلها.

وقال بعض أصحابنا: ذكر المزني مسألة القدوم والفطام مع يوم القيامة ونزول عيسى وهذا مشكل؛ لأن مسألة القدوم والفطام على ما ذكرنا من التفصيل، وإزالة هذا الإشكال أن قال: هذا الجواب الذي أطلقه الشافعي جواب مستقيم في جميع هذه المسائل، وهو إذا مضت أربعة أشهر قبل يكون شيء مما حلف عليه يكون مولياً، غير أنه أراد بمطلق كلامه في بعض هذه المسائل يكون مطالبها لحكم الإيلاء بعد أربعة أشهر مع العلم بأنه عقيب اليمين كان مولياً لا على معنى التوقف والتبيين، وهي مسألة القيامة وخروج الرجال، وفي بعضها يكون مطالباً بعد أربعة أشهر بحكم الإيلاء، وحين تتوجه المطالبة يعلم أنه مول من وقت اليمين على جهة التوقف والتبيين، وفي بعضها على غير جهة التبيين، وهذا على الوجه الذي ذكره القفال [١٠٤/ب] على ما تقدم بيانه. ثم ذكر الفطام، وقال: قال في موضع آخر: لا يكون مولياً، وأوهم أن المسألة على قولين، ثم اختار أحد القولين فقال: هذا أولى بقوله؛ لأن أصله أن كل يمين منعت الجماع بكل حال أكثر من أربعة أشهر إلا بأن يحنث فهو مولٍ. وقوله هذا أولى يوهم أنه اختار من النصين في الفطام النص الثاني، وليس كذلك، بل اختيار النص الأول وهو أنه مولٍ فكأنه أشار بقوله هذا إلى المنصوص هاهنا، لا إلى المنقول عن الموضع الآخر فتأمل. وقد بينا أن المسألة ليست على قولين، بل هي على اختلاف حالين.

وقال في «الحاوي»[٢]: إذا علق الإيلاء بشوط فهو على ثمانية أقسام: منها ما كان مولياً به في الظاهر والباطن لاستحالته، كقوله: والله لا أصيبك حتى تصعدي السماء أو حتى تعدي رمل عالج، أو تشربي ماء البحر، وهو كالإيلاء المطلق هاهنا. والثاني: حكمه هكذا للقطع أنه سيكون بعد أكثر من أربعة أشهر، كقوله: حتى تقوم القيامة. والثالث: ما كان مولياً به في الظاهر، وإن جاز أن لا يكون مولياً في الباطن، كقوله: «حتى ينزل عيسى عليه السلام، أو حتى يظهر الدجال» على ما ذكرنا. والرابع: ما اختلف حكمه اختلاف حال الشرط، كقوله: «حتى يقدم زيد» على ما ذكرنا أنه يكون في مسافة كالصين أو قريبة. والخامس: ما يختلف باختلاف إرادته، كقوله: «حتى تفطمي ولدك» إن أراد الرضاع أو مدة الرضاع.

ومن أصحابنا من جعل هذا من القسم الرابع الذي يختلف باختلاف حالة لا باختلاف إرادته من كون الولد طفلاً لا يجوز قطع رضاعه [١٠٥/أ] قيل: أربعة أشهر،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٦٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٦٨ ـ ٣٧٠).

أو يكون مشتداً قوياً يمكن قطع رضاعته قبل أربعة أشهر، والأول أصح، وبه قال الجمهور؛ لأن قطعها لرضاعه ممكن وإن منع منه الشرع، والإيلاء متعلق بإمكان الفعل لا بجوازه في الشرع. وحكي عن مالك: لا يكون مولياً بكل حال؛ لأنه قصد منفعة الولد وهذا غلط؛ لأن الإضرار حاصل قبل اليمين فلا يعتبر غرضه، وعلى هذا لو علقه بما يمكنه فعله ولكن يمنع الشرع منه، كقوله: «حتى تقتل أخاك» لم يكن مولياً على معنى قول ابن سريج؛ لأنها تقدر على قتله في الحال، وكان مولياً على قول غيره؛ لأن الشرع يمنع من قتله.

ومن هذا القسم: «حتى تخرج إلى الحج». فإن أراد زمان الخروج المعهود كان مولياً إذا بقي إليه أكثر من أربعة أشهر، وإن أراد به فعلها للخروج لم يكن مولياً.

والسادس: ما يختلف باختلاف زمانه، كقوله: «حتى يسقط الثلج أو يجمد الهواء». فإن كان في الشتاء لم يكن مولياً، وإن كان في الصيف، فإن كان في آخره والباقي إلى الشتاء أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً، وإن كان من أوله كان مولياً. ولو قال: «حتى يجيء المطر» فمن أصحابنا من جعله في أول الصيف كالثلج يكون به مولياً لتعذره في الأغلب. ومن أصحابنا من قال: لا يكون به مولياً؛ لأن المطر قد يجيء في الصيف والثلج لا يكون في الصيف. وأما في البلاد التي يعهد فيها المطر صيفاً وشتاءً كبلاد طبرستان لا يكون مولياً فيها بلا خلاف.

والسابع: فلا يكون به مولياً لتكافؤ أحواله، كقول: «حتى يبرأ هذا المريض أو يمرض هذا الصحيح أو تتعلمي الكتابة، أو يطلق فلان زوجته» لا يكون مولياً.

والثامن: ما لا يكون به مولياً لكونه قبل أربعة أشهر، [١٠٥/ب] كقوله: «حتى تذبل هذه البقلة، أو يحمص هذا العجين، أو تنضج هذه القدر» ونحو ذلك.

مسألة: قال(١): «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربكِ إنْ شئتِ فشاءتْ فِي المجلسِ فهوْ مولٍ».

إذا قال لها: والله لا أقربك إن شئت فقد علق «الإملاء» بصفة وهي مشيئتها أن لا يقربها، وانعقادها بأن يشاء بأن لا يقربها، فإذا ثبت هذا نظر، فإن لم تشأ أصلاً أو شاءت في غير زمان المشيئة لم ينعقد الإيلاء، وإن شاءت في وقت المشيئة انعقدت يمين ووقت المشيئة. قال الشافعي في «المجلس» واختلف أصحابنا فيه على وجهين. وقال أبو إسحاق: زمان المشيئة أن يكون كلامها جواباً لكلامه، كالقبول في البيت. وقول الشافعي معناه في مجلس المشيئة. ومن أصحابنا من تمسك بظاهره فقال: زمان المشيئة ما لم يتفرقا عن مجلسهما، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم. وقال مالك: لا يكون مولياً، وهذا غلط، لأنها غير مختارة لبقائه عليه والتمسك به، فكان مولياً لهذا، ويقول باختيارنا لا يسقط حقها، كما لو وقف بعد أربعة أشهر فقالت: رضيت بترك حقي لم

(١) انظر الأم (٤/١٠١).

يكن ذلك إسقاطاً لحقها حتى لها الرجوع إلى المطالة بعد ذلك.

فرع

لو قال: والله لا أقربك إلا أن تشائي، فإن شاءت في المجلس بحيث يكون جواباً لكلامه لم يكن مولياً، وإن شاءت بحيث لا يكون جواباً لكلامه يكون مولياً؛ لأن تقدير هذا الكلام: لا أقربك إلا أن تشائي بأن أقربك فأقربك، فإذا شاءت قربانها لم يكن عليه يمين في قربانها، وإذا لم تشأ في الحال كان عليه يمين في قربانها، فإذا قربها [١٠٦/أ] لزمته كفارة يمين، وعلى هذا لو قال: لا أقربك إلا برضاك لا يكون مولياً؛ لأنها متى طالبت بعد المدة والت الإيلاء؛ لأنه علقه برضاها وقد رضيت فزال الامتناع منه ووقت الرضا في هذه على التراضي.

فرع آخر

لو قال: والله لا أقربك إن شئت أن أقربك فقد علق عقد اليمين بشرط أن تشاء أن يقربها، وتقديره: إذا شئت أن أقربك فوالله لا أقربك، فإن وجدت هذه الصفة في زمان الخيار وانعقد الإيلاء وإلا فلا ينعقد كما ذكرنا في المسألة الأولى.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك متى شئت، فهذه المشيئة على التراضي فمتى شاءت صار مولياً.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك حتى تشائي نقل المزني عن الشافعي أن لا يكون مولياً؛ بخلاف ما لو قال: إلا أن تشائي على ما ذكرنا، والفرق أنه يجعل في هذه غاية اليمين مشيئتها، وقد تشاء في الحال وقد لا تشاء، وإن كانت العين معلقة بفعل قد يوجد قبل مضي مدة الإيلاء وقد لا يوجد لم يكن مولياً بها، وإذا قال: إلا أن تشائي فإن يمينه مطلقه، وإنما استثنى فيها مشيئتها فإن لم توجد المشيئة كان اليمين على إطلاقها.

فرع آخر

ولو قال: والله لا أقربك إن شاء زيد لا يعتبر الفوز في مشيئة زيد بخلاف مشيئتها؛ لأنه إذا علق مشيئتها كان فيه تمليكها فروعي فيه الفور. وإذا علقه لمشيئة غيرها لم يكن فيه تمليكها فلم يراع فيه الفور، فمتى شاء زيد انعقد الإيلاء، وإن مات لم ينعقد الإيلاء؛ لأن الأصل عدم المشيئة.

فرع آخر

لو قال: [١٠٦/ب] والله لا أقربك حتى أخرجك إلى بلد كذا، فإن كان على مسافة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أهب عبدي كان مولياً؛ لأن في هبته إدخال ضرر عليه، كما

لو قال: حتى أعتق عبدي.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أبيع عبدي، فيه وجهان؛ أحدهما: أن يكون مولياً لتعليقه بزوال ملكه عنه فيستضر. والثاني: لا يكون مولياً؛ لأن الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول الضرر عليه، وربما يجد من يشتريه بأكثر من قيمته.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال: إن كان هذا العبد للتجارة لم يكن مولياً، وإن كان للقينة كان المطالبة بعد ذلك.

فرع

لو قال: والله لا أقربك إلا أن تشائي، فإن شاءت في المجلس بحيث يكون جواباً لكلامه لم يكن مولياً، وإن شاءت بحيث لا يكون جواباً لكلامه يكون مولياً؛ لأن تقدير هذا الكلام: لا أقربك إلا أن تشائي بأن أقربك فأقربك، فإذا شاءت قربانها لم يكن عليه يمين من قربانها، وإذا لم تشأ في الحال كان عليه يمين في قربانها، فإذا قربها [١٠٧/أ] لزمته كفارة يمين، وعلى هذا لو قال: لا أقربك إلا برضاك لا يكون مولياً، لأنها متى طالبت بعد المدة والت الإيلاء، لأنه علقه برضاها وقد رضيت فزال الامتناع منه، ووقت الرضا في هذه على التراضي.

فرع آخر

لو قال: والله لا أقربك إن شئت أن أقربك فقد علق عقد اليمين بشرط أن تشاء أن يقربها، وتقديره: إذا شئت أن أقربك فوالله لا أقربك، فإن وجدت هذه الصفة في زمان الخيار وانعقد الإيلاء وإلا فلا ينعقد كما ذكرنا في المسألة الأولى.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك متى شئت، فهذه المشيئة على التراخي، فمتى شاءت صار مولياً.

فرع آخر

لو قال: والله لا أطأك حتى تشائي. نقل المزني عن الشافعي أنه لا يكون مولياً، بخلاف ما لو قال: إلا أن تشائي على ما ذكرنا، والفرق أنه يجعل في هذه غاية اليمين مشيئتها، وقد تشاء في الحال وقد لا تشاء، وإن كانت اليمين معلقة بفعل قد يوجد قبل مضي مدة الإيلاء وقد لا يوجد لم يكن مولياً بها، وإذا قال: إلا ن تشائي فإن يمينه مطلقة، وإنما استثنى فيها مشيئتها فإن لم توجد المشيئة كان اليمين على إطلاقها.

فرع آخر

ولو قال: والله لا أقربك إن شاء زيد لا يعتبر الفوز في مشيئة زيد بخلاف مشيئتها، لأنه إذا علق مشيئتها كان فيه تمليكها فروعي فيه الفوز. وإذا علقه لمشيئة غيرها لم يكن فيه تمليكها فلم يراع فيه الفوز، فمتى شاء زيد انعقد الإيلاء، وإن مات لم ينعقد الإيلاء؛ لأن الأصل عدم المشيئة.

فرع آخر

لو قال: [١٠٦/ب] والله لا أقربك حتى أخرجك إلى بلد كذا، فإن كان على مسافة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً وإلا فلا.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أهب عبدي كان مولياً؛ لأن في هبته إدخال ضرر عليه، كما لو قال: حتى أعتق عبدي.

فرع آخر

لو قال: لا أقربك حتى أبيع عبدي، فيه وجهان؛ أحدهما: أن يكون مولياً لتعليقه بزوال ملكه عنه فيستضر. والثاني: لا يكون مولياً؛ لأن الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول الضرر عليه، وربما يجد من يشتريه بأكثر من قيمته.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال: إن كان هذا العبد للتجارة لم يكن مولياً، وإن كان للقينة كان مولياً؛ لأن ما للتجارة للتجارة بيعه مفيد، وما للقينة بيعه مضر.

فرع آخر

لو قال: إن وطئتك فلله عليَّ أن أطلق زوجتي لم يكن شيئاً، كما لو قال: داري وقف.

مسألة: قال(١): والإيلاءُ في الغضبِ والرضَا سواءٌ.

حكم الإيلاء في الغضب والرضا سواء، وهو في حال الرضا أشد عليها؛ لأنه امتنع من غير جرم. وقال مالك: لا إيلاء إلا في الغضب؛ لأنه لا يضاره في حال الرضا، وروي ذلك عن على، وابن عباس رضي الله عنهما، وهذا غلط لظاهر الآية ولم يفصل، لأنه يمين بالله تعالى فيستوي حكمها في الرضا والغضب كسائر الأيمان، وذكرنا عن ما لله أنه إذا حلف للصلاح لأجل ولده لا يكون مولياً.

مسألة: قال(٢): «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربكِ حتىٰ أخرجكِ من هذَا البلدِ لم يكنْ مولياً».

الفصل

إنما لا يصير مولياً هاهنا؛ لأنه يقدر [١٠٧/أ] أن يخرجها قبل انقضاء أربعة أشهر ويفارق البنيان والمنازل فيزول الإيلاء ويرجع، ويفارق هذا إذا قال: إن قربتك فعبدي حر يكون مولياً، ويمكنه أن يبيعه ويطأها ولا يلزمه شيء؛ لأن في البيع ضرراً يلحقه؛ لأنه ربما يطلب بأقل من ثمنه، وإن اشتراه بعد البيع ربما لا يقدر عليه بذلك الثمن ولا ضرر عليه بإخراجها من البلد ولا يكون مولياً. وذكر أصحابنا بخراسان أن الأمر في مثل هذا موقوف، وأراد الشافعي أن لا يكون مولياً في الحال

---

(١) انظر الأم (١٠١/٤).

(٢) انظر الأم (١٠١/٤).

حتى يمضي أربعة أشهر، وقول الشافعي رحمه الله تعالى لا يجبر على إخراجها، وأراد في أثناء المدة فأما بعد انقضائها فقال: إن أردت أن لا تلزمك الكفارة فأخرجها وإلا فاقربها وكفر.

باب الإيلاء من نسوة

مسألة: قال[١]: «وإذا قالَ لأربعِ نسوةٍ عندهُ: واللَّهِ لا أقربكنَّ فهوْ مولٍ منهنَّ كلهنَّ».

الفصل

إذا قال لأربع نسوة: والله لا أقربكن فقد حلف أن لا يطأ الأربعة فلا يحنث إلا بوطئهن كلهن، كقوله: والله لا كلمت زيداً وعمراً وخالداً وبكراً لم يحنث حتى يكلم الكل، فإذا لم يحنث إلا بوطىء الكل فهو في الحال غير مولٍ؛ لأن المولى من لا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر، وكل واحدة منهن لو طالبته بعد التربص فوطئها لم يحنث بوطئها، فإذا وطىء ثلاثاً صار الآن مولياً من الرابعة؛ لأنها هي التي يحنث بوطئها، فيضرب لها المدة، فإذا انقضت، فإما أن يفي أو يطلق. وقد قال الشافعي هنا: أنه لو قال: والله لا أقربكن فهو مولٍ منهن كلهن، يوقف لكل واحدة منهن. [١٠٧/ب] وليس هذا الكلام على ظاهره، بل الحكم ما ذكرناه. وقوله: «فهو مولٍ منهن كلهن» معناه: فهو حالف منهن كلهن. وقوله: «يوقف لكل واحدة منهن» أي: في الحالة التي يحنث بوطئها فيها أو معناه: إذا وطىء صاحباتها الثلاث.

فإذا تقرر هذا تكلم المزني على ظاهر كلام الشافعي، وقال: «لا يكون مولياً في الحال ما لم يطأ ثلاثة». قلنا: هو كما قلت، إلا أنك لم تنصف حتى ظننت به غير ما تأولناه، وقد قال: لو وطىء اثنتين منهن خرجتا عن حكم الإيلاء، ولم يحنث به. وقال في «الأم»[٢]: لو حلف لا أقرب امرأة له وامرأة أجنبية لم يكن مولياً من امرأته حتى يطأ الأجنبية»، فدل على أن أصل الشافعي ما ذكرناه. وبطل اعتراض المزني، وقال القفال وجماعة: هذا صحيح على أحد القولين في القديم ثم إن القرب إلى الحنث يوجب حكم الإيلاء؛ لأن وطىء كل واحدة. هاهنا يقربه إلى الحنث، فيوقف لكل واحدة منهن بعد أربعة أشهر. وقيل: هذا مذهبه في الجديد أيضاً وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأحمد وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة على قولنا، ووجهه أنه منع نفسه من وطئهن بيمين الله تعالى فكان مولياً، كما لو قال: لا وطئت كل واحدة منكنَّ، وهذا لا يصح؛ لأن الشافعي نص على هذه المسألة في كتاب «الإيلاء» من

---

(١) انظر الأم (١٠١/٤).

(٢) انظر الأم (٢٥٣/٥).

«الأم»[١] ومذهبه في إنما قربه من الحنث لا يصير به مولياً. وقيل: في المسألة قولان، والصحيح ما ذكرناه. فإذا تقرر هذا فرع الشافعي رضي الله عنه على أصل المسألة.

مسائل: أحدها: قال[٢]: «لو أصابَ اثنتينِ منهنَّ خرجتَا عنْ حكمِ الإيلاءِ».

وهذا لأنهما أمنتا من تأخير الوطىء [١٠٨/أ] وتعلقت اليمين بالباقي، قال: فهو مولٍ منهما يوقف لهما، ومعناه: يوقف لمن يتعين الحنث بوطئها على ما ذكرنا، وعلى ما قال القفال معناه يوقف لكل واحدة منهما.

والثانية: قال[٣]: «لو طلق منهن ثلاثاً كان مولياً في الباقية» ومعناه: أن المطلقات خرجن عن حكم الإيلاء بالطلاق، والرابعة يجوز أن يكون مولياً منها إذا تعين الحنث في وطئها، بأن يتزوج بالمطلقات ويطأهن، أو يطأهن بشبةٍ أو زنا، فلا يبقى إلا وطىء الرابعة التي يحنث فيها. وعلى ما ذكره القفال يجري على ظاهره.

والثالثة قال: «إذا ماتت واحدة منهن سقط عنه حكم الإيلاء»، وأراد به: أنه تنحل اليمين وتسقط؛ لأن وطىء الميتة لا يتناوله اليمين ولا يتعلق به المهر والحنث، فإنه لو حلف لا يطأ زوجته فوطئها بعد موتها لم يحنث عند أصحابنا، بخلاف وطىء المطلقة الأجنبية فإنه مقصود تتناوله اليمين فافترقا. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا دفنت فلا سبيل إلى وطئها بحالٍ، لأنها تبلى وتتقطع أوصالها، وقبل الدفن لا يبطل حكم الإيلاء؛ لأن اسم الوطىء يقع عليه ويجب الغسل به، فكذلك الكفارة وهذا ليس بمشهور، وعلى المذهب المشهور قال أصحابنا تفريقاً: لو قال: إن قربتك فعبدي حر، فمات العبد أو باعه خرج من حكم الإيلاء. ولو قال: فعبدي حر قبل مجامعتي إياكِ بشهر، فإن مضى شهر حكم حينئذٍ بأنه مولٍ، فإن مضت أربعة أشهر أخرى وتكون من يوم اليمين خمسة أشهر يوقف؛ لأن حكم الإيلاء أن يلزمه أمر بالإصابة، ويكون ذلك اللزوم بعد أربعة أشهر، وما لم يتم خمسة أشهر لو وطىء بان أن العبد عتق قبل تمام أربعة أشهر من يوم اليمين [١٠٨/ب] فلهذا لا يوقف في هذه الحالة. ولو باع العبد في الشهر الخامس في نصف الشهر مثلاً، ففي النصف الثاني يوقف، لكنه لو وطىء بان أن عبده كان عتق عليه قبل ذلك بشهر، وإذا دخل الشهر السادس وقفناه ما لم يمضِ من الشهر نصفه؛ لأنه لوفاء بان أن عبده عتق في النصف الأول من الشهر الخامس، وذلك حكم يلزمه بعدما تمت مدة الإيلاء من يوم اليمين، فأما في النصف الأخير في هذا الشهر وفيما بعد فلا يوقف وقد سقط حكم الإيلاء؛ لأنَّا إذا نظرنا إلى ما قبل ذلك بشهر كان ذلك بعد البيع أو الموت فلا يلزمه شيء، هكذا ذكره القفال.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٥٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٥٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٥٣).

وقال غيره: لا يعتبر مضي خمسة أشهر من يوم اليمين، بل يكفي مضي أربعة أشهر وفيه نظر.

ثم أعلم أن المزني تكلم على المسألة الأولى فقال: إذا وطىء منهن اثنتين كيف يكون مولياً من الباقيتين على معنى أنه متى وطىء إحديهما كان مولياً من الثانية. ثم تكلم على المسألة الثانية فقال: إذا طلق ثلاثاً لا يكون مولياً من الباقيه إلا أن يطأ الثلاث سواها، قلنا له: صدقت وقد ذكرنا ذلك.

مسألة: قال(١): «ولو قالَ: واللَّهِ لا أقربُ واحدةً منكنَّ وهوْ يريدهنَّ كلهنَّ فهو مولٍ يوقفُ لهنَّ».

الفصل

إذا قال: والله لا أقرب واحدة منكن وهو يريد عن كلهن، أو طلق ولم ينو واحدة بعينها فهو مولٍ منهنَّ كلهنَّ لأن اليمين تعقلت بواحدة من الجماعة لا بعينها، فأي واحدة وطئها حنث وسقطت اليمين؛ لأنها لم تتناول إلا واحدة، ولو طلق واحدة أو اثنتين لم يبطل حكم الإيلاء من الباقيتين ولهما المطالبة؛ لأن اليمين باقية فيها. ولو أنه قال: والله لا أقرب كل واحدة منكنَّ كان مولياً من كل واحدة منهن [١٠٩/أ] بإيلاء منفرد كما لو أفرد كل واحد منهن بيمين منفردة؛ لأنه يحنث بوطىء كل واحدة منهن حنثاً يوجب الكفارة فنضرب له المدة للكل ويوقف فكل من طلقها فقد وفاها حقها من تلك المدة، وكل من وطئها إن حلت الإيلاء من حقها دون الباقيات، كما لو قال لأربعة أنفس: والله لا كلمت واحدة منكن يعلق الحنث بكلام كل واحد ولا تنحل اليمين في حق بعضهم بانحلالها في حق بعض كذلك هاهنا. وقال القاضي الطبري: هذا ذكره صاحب «الإفصاح»، ولم أرَ لغيره، فأما غيره من أصحابنا أطلقوا الجواب وقالوا: يكون مولياً منهن، ولكن إذا وقع الحنث مسقط الإيلاء في البواقي؛ لأنه حنث بإصابة الواحدة فلا يعود الحنث بعد ذاك. وهذا الكلام يقتضي أن الحنث لا يقع في بعض اليمن دون بعض. وعلى هذا كما لو قال: والله لا أدخل هذه الدار وهذه الدار، ولو قال: والله لا أدخل كل واحدة من هذه الدارين فدخل واحدة منهما حنث وسقط اليمين، وهذا مذهب الشافعي دون ما قاله صاحب الإفصاح وهذا هو الصحيح، وذكره أصحابنا بخراسان. وأما ما ذكر إذا قال لأربعة أنفس: والله لا كلمت واحدة منكن، لا نسلم بل ينحل اليمين في حق بعضهم بانحلالها في البعض.

فرع

قال في «الأم»(٢): لو قال: «والله لا أقرب واحدة منكن وعين بقلبه واحدة منهن

---

(١) انظر الأم (٤/١٠٢).

(٢) انظر الأم (٥/٢٥٣).

دون غيرها فهو مولٍ من التي حلف عليها دون غيرها»، وظاهره يقتضي أن يقبل قوله في ذلك ظاهراً وباطناً، وبه قال أكثر أصحابنا. وقال أبو حامد: يقبل في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى ولا يقبل في الظاهر؛ لأن الإطلاق يخالفه وهذا لا يصح؛ لأن قوله واحدة يحتمل المعينة ويحتمل غيرها ولا ظاهر في واحدة منهن فيقبل قوله في ذلك. [١٠٩/ب]

فرع آخر

لو قال: والله لا وطئت واحدة منكن وعين واحدة منهن وقد ذكرنا أنه تعيين الإيلاء فيها دون من سواها، ويرجع في التعيين إلى بيانه، فإن عين في واحدة وصدقه الباقيات تعتبر فيها، وإن كذبه الباقيات حلف لهن، فإن نكل حلفن وثبت فيهن حكم الإيلاء بنكوله وإيمانهن، ولو قال: لم أرد من هذه وهذه تعينت الثالثة للإيلاء إذا كنَّ ثلاثة.

فرع آخر

لو لم يكن تعيين واحدة منهن ذكرنا أن له أن يعين في واحدة منهن، وفي ابتداء المدة للوقف وجهان؛ أحدهما: من وقت اليمين، والثاني: من وقت التعيين كما قلنا في العدة في الطلاق إذا أوقعه في إحداهن لا بعينها، ثم يمينه في واحدة منهن هل تكون من وقت الطلاق أو من وقت التعيين؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لو حلف بطلاق إحدى امرأتيه أن لا يطأ الأخرى وقد عين بقلبه من التي حلف بطلاقها فهاهنا امرأتان إحداهما محلوف بطلاقها، والأخرى مولٍ منها ولا يعرف ذلك، فإذا مضت المدة قال له الحاكم: بين، فإن لم يبين ولم يطلق ولم يفِ قال الحاكم طلقت عليك التي آليت منها، فإن قال: راجعتها ومضت مدة أخرى فكذا يفعل، ثم إن قال: راجعتها ومضت مدة أخرى فهكذا يفصل، ثم نقول: بانت إحداهما منك بطلقات ثلاث فبينها، وحال بينه وبينهما حتى يبين، ذكره ابن الحداد. قال أصحابنا: هذا غلط بل يوقف ولا يطالب بشيء ما لم يبين؛ لأن المدعية غير معينة فلا تقبل دعوى الرجل لأن لأحدنا على هذا الرجل عشرة دراهم، ولا دعوة المرأة بأن الزوج مولٍ مني أو من صاحبتي، ولكن إن ادعت [١١٠/أ] واحدة أنه آلى منها، فإن أقر وقف، وإن أنكر حلف، فإن لم يحلف حلفت هي ووقف لها على ما ذكرنا.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو كان له امرأتان فقال: إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق ولم يعين فهو مولٍ عن إحديهما بغير عينها، وحالف بطلاق الأخرى فإذا انقضت أربعة أشهر قال له الحاكم: أنت مولٍ عن إحديهما فبينها والحكم على ما ذكرنا. ومن أصحابنا من

قال: يكون مولياً منهما؛ لأن الشافعي قال[١]: «لو قال لأربع نسوة: والله لا أقرب واحدة منكن مولياً من الجميع»؛ لأنه لا يمكنه أن يطأ واحدة منهن إلا بحنث كذلك هاهنا لا يمكنه أن يطأ واحدة منهن إلا بحنث من الأخرى وهذا أصح.

باب التوقيت في الإيلاء

مسألة: قال[٢]: «ولا تعرضُ للمولي ولا لامرأتهِ حتىٰ يطلبَ الوقفَ بعدَ أربعةِ أشهر».

الفصل

إذا آلى من زوجته وضربنا له المدة وقف انقضائها، فإما أن يفي أو يطلق على ما ذكرنا، فإن قالت: قد رضيت وتركت المطالبة لم تسقط مطالبتها به؛ لأن اليمين باقية والإضرار من قبل الزوج موجود لإمكان رفعه وقدرته عليه، ولأنه يتجدد لها الحق في كل يوم، فكان بمنزلة امرأة المصنِّد إذا عفت عن نفقتها كان لها المطالبة. فإن قيل: أليس امرأة العنين إذا رضيت بذلك لم يكن لها أن تعود إلى المطالبة فما الفرق؟ قيل: الفرق أن العنة عيب في الزوج، فإذا رضيت بالعيب سقط حقها بخلاف هذا، فهو كما لو كان له على رجل دين فقال: تركت المطالبة، [١١٠/ب] كان له أن يرجع ويطالب لبقاء الحق. فإن تقرر هذا فإذا رجعت وطالبت لم تستأنف المدة؛ لأنها لم يوفها حقها من المدة الأولى. فإن قيل: ألا قلتم تستأنف له ضرب المدة كما قلتم فيه إذا راجعها بعدما طلقها أنه يستأنف له المدة؟ قيل: الفرق أنه إذا طلقها فقد أوفاها حقها من هذه المدة، فإذا عاد الحق استؤنفت المدة، وأما إذا عفت لم تستوفِ حقها، بل تركت المطالبة فكان لها أن تطالب في الحال.

مسألة: قال[٣]: «وليسَ ذلكَ لسيدِ الأمةِ ولا يوليٍّ معتوهةٍ».

هذا يحتمل أنه أراد العفو، والأصح من الاحتمالين أنه أراد الطلب بدليل بين المعتوهة والأمة، وإذا كانت معتوهة لم يتوهم منها الطلب ولا العفو، وجملته أنه إذا زوج أمته ممن رجل فآلى منها وانقضت المدة فالمطالبة للمرأة دون السيد، فإن تركت المطالبة فليس لسيدها المطالبة، لأن ذلك يتعلق بشهوتها ولذتها، فلم يكن لمولاها فيه حق، ألا ترى أنها لو عتقت عن القسم أو رضيت بالعيوب لم يكن له المطالبة به، ولو كانت معتوهة لم يملك المولى المطالبة ولكن يقال للزوج: قد وجب لها حق المطالبة وتعذر ذلك من جهتها، فاتق الله تعالى في الفيئة أو استيلادها، وإنما يجب عليه الوطيء دون الإنزال، ولو أراد أن يعزل الماء كان له فلا حق للسيل فيه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٥٣).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٠٣).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٠٣).

مسألة: قال(١): «ومن حلفَ علىٰ أربعةِ أشهرٍ فلا إيلاءَ عليهِ».

وقد ذكرنا شرح هذه المسألة فيما تقدم، لأن الضرر لا يتحقق بترك الوطىء فيما دون أربعة أشهر، والدليل عليه ما روي أن عمر بن الخطاب [١١١/أ] رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول(٢):

ألا طال هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر ـ رضي الله عنه ـ كم تصبر المرأة؟ قلن: شهرين وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب إلي أمراء الأجناد: لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وروي أنه قال لابنته حفصة ـ رضي الله عنها ـ كم تصبر المرأة عن زوجها؟ أتصبر شهراً؟ قالت: نعم، قال: شهرين؟ قالت: نعم، قال: ثلاثة؟ قالت: نعم، قال: أربعة أشهر؟ فسكتت، فكتب إلى أمراء الأجناد بذلك.

مسألة: قال(٣): «ولو حلفَ بطلاقِ امرأتهِ لا يقربُ امرأةً لهُ أخرىٰ ثمَّ بانتْ».

الفصل

إذا كانت له زوجتان زينب وعمرة، فقال لزينب: إن قربتك فعمرة طالق، لم يكن مولياً من عمرة؛ لأنه يمكنه وطئها متى شاءت بغير ضرر، فأما زينب فلا يمكنه وطئها إلا بضرر وهو طلاق عمرة، فيكون مولياً منها على قوله الجديد، فيضرب له المدة ويوقف، فإما أن يفي أو يطلق، فإن طلق نظر، فإن كان رجعياً فراجعها فالإيلاء بحاله، وإن أبانها بالطلاق ثم نكحها هل يعود الإيلاء؟ قولان على ما بيناه من كتاب الطلاق، فإذا قلنا يعود، استأنف أربعة أشهر من حين نكحها، ولا يختلف المذهب أنه إذا وطىء هذه المولى منها في المدة أو بعدها وقع الطلاق علي المرأة الأخرى؛ لأن صفة الطلاق باقية لا تزول بالبينة، ألا ترى أنه لو طلقها، ثم زنى بها [١١١/ب] وقع الطلاق لوجود الشرط وليس كذلك الإيلاء؛ لأنه يسقط بالإبانة، ألا ترى أنه لو آلى من الأجنبية لا يصح فدل على الفرق بينهما، هذه مسألة الكتاب. فأما إذا طلق المحلوف بطلاقها ثم تزوج بها، ثم وطىء التي آلى منها ـ وهي التي حلف بترك وطئها ـ فهل يعود حكم الطلاق؟ قولان على ما بيناه. فإذا قلنا: يعود فحكم الإيلاء من التي آلى منها

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٠٣).

(٢) الأبيات بلا نسبة في خزانة الأدب (١٠/ ٣٣٣)، رصف المباني (ص٢٤١)، سر صناعة الإعراب (ص٣٩٤)، شرح شواهد المغني (ص٦٦٨)، شرح المفصل (٩/ ٢٣).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٠٣).

قائم. وإذا قلنا: لا يعود فقد بطل الإيلاء؛ لأنه لا يخشى من وطئها وجوب شيء. ثم قال الشافعي[١]: «وهكذا الظهار مثل الإيلاء». يريد أنه يصح تعليقه بصفةٍ، فعلق ظهار إحدى امرأتيه بطلاق الأخرى، فإذا أبانها ثم عادت إليه كان الحكم في ذلك كالحكم في الإيلاء.

مسألة: قال[٢]: «ولو آلىٰ مِنْ امرأتِهِ الأمةِ ثُمَّ اشتراهَا فخرجتْ مِنْ ملكِهِ ثُمَّ تزوجَها، أو العبدُ مِنْ حرةٍ ثُمَّ اشترتهُ فعتقَ فتزوجتهُ لَمْ يعدْ الإيلاءُ».

إذا آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها وانفسخ النكاح ثم باعها ثم تزوج بها، أو آلى العبد من امرأته الحرة ثم اشترته وانفسخ النكاح ثم اعتقته وتزوجت به، ففي عود الإيلاء قولان، إلا أن هذا هل يجري مجرى الطلاق الثلاث أو يجري مجرى البيونة بدون الثلاث؟ اختلف أصحابنا فيه، وقد بيناه فيما مضى، وعامة أصحابنا على أنه يجري مجرى البيونة بدون الثلاث، لأنها تحل قبل زوج، وهكذا القول لو آلى من امرأته ثم انفسخ نكاحها بعيب، أو إعسار بالنفقة، أو ردة ثم عادت إليه ثانياً، هل يعود الإيلاء على هذا الخلاف؟ و إذا قلنا: جري مجرى البيونة بالثلاث لم يعد الإيلاء من قوله الجديد، ومن قوله القديم قولان، وإذا قلنا: يجري مجرى البيونة [١١٢/أ] بدون الثلاث عاد في قوله القديم، وفي قوله الجديد قولان.

فرع

إذا حلف على أجنبية أنه لا يطأها انعقدت يمينه حتى لو تزوجها ووطئها حنث وتلزمه الكفارة ولا يكون مولياً؛ لأن الإيلاء حكم يتعلق بالزوجية، فإن تزوج بها فهل يصير مولياً؟ قال القاضي الطبري: في الأول يصير مولياً. ثم قال: ينبغي أن لا يكون مولياً في أحد القولين، كما لو أبانها ثم تزوجها هل يعود الإيلاء؟ قولان. قال أصحابنا: الذي يجيء على مذهب الشافعي أنه يصير مولياً هاهنا قولاً واحداً، ويفارق هذا مسألة القولين لأن حكم النكاح يعود في النكاح الثاني في أحد القولين، وفي القول الثاني لا يعود، وهاهنا حين اليمين لم يكن نكاح ولا كان بها مولياً، وهذه كما لو علق الطلاق في غير نكاح ثم تزوجها لم يثبت حكمه قولاً واحداً، ولو علقه في النكاح ثم أبانها ثم تزوجها هل يعود؟ قولان وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد. وقال مالك: إذا تزوجها وقد بقيت من مدة اليمين أكثر من أربعة أشهر يصير مولياً؛ لأنه لا يمكنه الوطئ بعد أربعة أشهر إلا بحنث وكان مولياً كما لو حلف في الزوجية وهذا غلط؛ لأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح، وإذا حلف على الزوجة ضربت المدة؛ لأنه قصد الإضرار بها بيمينه واليمين قبل الزوجية لا على وجه الإضرار؛ لأنه لا يحل وطئها فلا يكون مولياً،

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٠٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٠٤).

كما لو امتنع بغير يمين.

فرع آخر

لو امتنع من وطئها بغير يمين لا تضرب له المدة، وبه قال جماعة العلماء. وقال أحمد: إن قصد الإضرار بها لزوال الأعذار ضربت له المدة، كما لو امتنع باليمين، وهذا غلط؛ لأنه لم يحلف على ترك وطئها فلا يكون مولياً، كما لو لم يقصد الإضرار بها، ولأنه لا يتحقق الإضرار ما لم يؤكد اليمين. [١١٢/ب]

مسألة: قال[(١)]: «والإيلاءُ يمينَ لوقتِ فالحرُ والعبدُ فيها سواءَ».

مدة الإيلاء أربعة أشهر للحر والعبيد حرةً كانت المرأة أوأمةً. وبه قال أحمد في رواية. وقال مالك وأبو حنيفة: تختلف مدة الإيلاء بالرق والحرية إلا أن مالكاً يقول: الاعتبار برق الزوج وحريته، فمدة الإيلاء في حق الحر أربعة أشهر وفي حق العبد شهران، وأبو حنيفة يقول: الاعتبار برق المرأة وحريتها، فيكون للأمة شهران وللحرة أربعة أشهر، وهو الرواية الثانية عن أحمد، واحتج مالك رحمه الله أنه معنى يتعلق به حكم البيونة فاختلف برق الزوج وحريته كالطلاق. واحتج أبو حنيفة بأنها مدة يثبت ابتدائها بقول الزوج فيختلف برقها وحريتها كمدة العدة، وهذا غلط؛ لأنها مدة تضرب للوطىء فلا يختلف بالرق والحرية كمدة العدة، ويؤكد أن هذا الأمر بني على طبع النساء، وقد يضير النساء عن الأزواج على ما ذكرنا عن عمر رضي الله عنه، وما بني على الطبع لا يختلف بالرق والحرية كمدة العنة ويخالف مدة العدة؛ لأنها مبنية على الكمال؛ لأن الاستبراء يحصل بقرء واحد فيختلف نقصانها وكمالها. وأما ما ذكر مالك لا يصح؛ لأنه لا يتعلق بها بينونة عندنا، ويلزم عليه مدة العنة

مسألة: قال[(٢)]: «ولو قالتْ: قَدْ انقضتْ الأربعةَ أشهرٍ وقالَ: لم تنقضِ فالقولُ قولهُ».

إذا اختلفا في انقضاء المدة فالقول قوله مع يمينه وعليها البينة؛ لأن الأصل بثبوت النكاح والمرأة تدعى أمراً حادثاً تستحق به رفعه، وهو كما قلنا: إذا اختلفا في الإصابة، فقال الزوج: أصبتها، وقالت المرأة: لم يصبني فالقول قوله؛ لأن الأصل [١١٣/أ] بقاء النكاح ولزومه ولأن القول قوله في أصل الإيلاء إذا أنكرته فكذلك في مدته.

مسألة: قال[(٣)]: «ولو آلىٰ من مطلقةٍ لملكَ رجعتهَا كانَ مولياً من حينِ ترجيعها».

(١) انظر الأم (٤/١٠٥).

(٢) انظر الأم (٤/١٠٥).

(٣) انظر الأم (٤/١٠٥).

الإيلاء من الرجعية صحيحة ولكنه لا يحتسب مدة العدة من التربص فيستأنف له المدة إذا راجعها دائماً صح الإيلاء منها؛ لأنها في معنى الزوجات، وإنما لا تحتسب مدة العدة من التربص؛ لأنها محرمة الوطيء إلى أن يراجعها. وقال أبو حنيفة وأحمد: تحتسب مدة العدة من التربص، وبنى أبو حنيفة على أصله أنها مباحة الوطيء، واحتج أحمد بأنه صح الإيلاء منها فتحتسب المدة من وقت الإيلاء وهذا غلط؛ لأنها معتدة منه فلا تحتسب عليه مدة العدة من زمان الإيلاء، كما لو كانت معتدة بائنة.

فرع

لو آلى من معتدة عن طلاق بائن ثم نكحها لا يكون مولياً. وقال مالك: يكون مولياً إذا نكحها، وهذا غلط، لأنها أجنبية منه فلا يصح الإيلاء منها أصلاً وهو لا يسم الأجنبية على ما ذكرنا عنه من قبل، وقد دللنا على بطلان مذهبه في الأجنبية.

مسألة: قال(١): «والإيلاءُ من كلِّ زوجةٍ حرةٍ وأمةٍ، مسلمَةٍ وذميةٍ سواءٌ».

وهذا صحيح؛ لأن لكلهن حقاً من الاستمتاع، ولا فرق في هذا بين الذمي والمسلم أيضاً. وقال أبو حنيفة: ينعقد إيلاء الذمي في حكم الطلاق ولأنه لا كفارة عليه لو وطئها بخلاف المسلم وهذا غلط؛ لأن من صح طلاقه صح حكم الإيلاد على الكمال كالمسلم.

باب الوقف من كتاب الإيلاء

مسألة: قال(٢): «إذا مضتْ الأربعةَ الأشهرِ للمولىٰ وقفَ [١١٣/ب] وقيلْ لهُ: إن فئتَ وإلّا فطلقْ، والفيئةُ الجماعُ إلّا من عذرٍ».

قد بينا أنه إذا مضت أربعة أشهر يوقف، وقبله لا يوقف. وإذا وقف طولب بالفيئة أو الطلاق، والفيئة تكون بالطلاق؛ لأنه الذي منع نفسه منه بعقد اليمين، إلا أن يكون له عذر من مرض يخاف منه الزيادة في العلة والتباطؤ في البرء أو حبس أو غيره، فيقول له: فيء بلسانك وهو أن يقول بلسانه: قد ندمت على ما قلت، وإذا قدرت على الوطيء وطئت، ولو كنت قادراً لفعلت. ذكره أبو حامد. وقال القاضي الطبري: جميع أصحابنا بين هذه الألفاظ ولم أجد ذلك للشافعي، ولا يجب عندي أن يأتي بجميع هذه الألفاظ، وإنما المأخوذ عليه أن يظهر من نفسه أنه غير قاصد الإضرار بها. فلو قال: إذا قدرت فئت إليك، أو وطئتك كفاه، وقد قال ابن أبي هريرة في التعليق هذه المسألة، وقال: إن لم يكن قادراً علي الجماع طولب بما يقدر عليه في الحال، فيقال له: أظهر من نفسك الرجوع عن الاضرار بلسانك لتطيب نفسها وتسكن إلى ذلك، كما تقول في الشفبع إن كان قادراً على أخذ الشفعة أخذ، وإن لم يكن قادراً أظهر من نفسه ما يصلح أنه مقيم على أخذها. وقال أبو ثور: لا يلزمه الفيئة باللسان عند العجز حتى

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٠٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٠٥).

يقدر عليها بالوطىء ويؤخر المطالبة إلى زوال العذر؛ لأن الضرر بترك الوطىء لا يزول بالفيئة باللسان، وهذا غلط، لأن القصد بالفيئة ترك ما قصد إليه من الإضرار، وقد ترك القصد إلي الإضرار بما أتى به من الاعذار، ولأن القول مع العذر يقوم مقام الفعل مع القدرة، ولهذا نقول: إشهاد الشفيع على طلب الشفعة في حال العيبة يقوم مقام الطلب في حال الحضور في إثبات الشفعة. فإذا تقرر هذا، وفاء باللسان [١١٤/أ] ثم قدر بعد ذلك على الوطىء طولب به ولا يستأنف به المدة. وحكى عن أبي حنيفة أنه قال: يستأنف له المدة؛ لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة، فلا يطالب بعد إلا باستئناف المدة، كما لو طلقها ثم أرجعها، وهذا غلط؛ لأنه أخر حقها لعجزه عنه، فإذا قدر عليه يلزمه إيفاؤه، كما لو قدر المعسر على قضاء الدين. وأما ما ذكره لا يصح؛ لأنه ما وفاها حقها، بل وعدها إيفاء الحق.

مسألة: قال(١): «ولو جامعَ في الأربعةِ الأشهرِ خرجَ منْ حكمِ الإيلاءِ وكفرَّ عنْ يمينهِ».

إذا وطىء المولي نظر، فإن كان وطئه بعد انقضاء المدة فقد وفاها حقها، وهل تلزمه الكفارة؟ قد ذكرنا قولين. وإن كان وطئه قبل انقضاء المدة فقد خرج من حكم الإيلاء وحنث في يمينه، وهل تلزمه الكفارة؟ فيه طريقان: أحدهما: تلزمه قولاً واحداً، ويفارق بعد المدة لأن الوطء قبل المدة غير واجبة عليه فوجبت الكفارة به، وبعد انقضاء المدة واجبة، فجاز أن لا تحب به الكفارة. والثاني: فيه قولان أيضاً؛ لأن بهذا الوطىء خرج عن حكم الإيلاء أيضاً، والآية عامة من الكل، وهذه الطريقة الأصح؛ لأن الكفارة تجب من حنث الطاعة والواجب لوجوبها من حيث المعصية.

فرع

لو آلى أقل من أربعة أشهر ثم وطىء هل تلزمه الكفارة؟ قال القفال: فيه طريقان؛ أحدهما: يلزمه قولاً واحدا. والثانية: فيه قولان.

مسألة: قال(٢): «ولو قالَ: أجِّلني في الجماعِ لمْ يؤجله أكثرَ منْ يومٍ».

إذا طولب المولى فقال: أجلوني، لا يختلف المذهب أنه لا يؤجل؛ لأنه لا يكلف الوطىء في مجلس الحكم فلا بد من التأجيل، ثم فيه قولان: أحدهما: يؤجل ثلاثة أيام؛ لأنه أكثر حد القليل وأول حد الكثير، فيحتاج أن يراجع نفسه وينظر غبطته في أحد الأمرين، ولا يأتي ذلك إلا من هذه المرة. والثاني وهو الصحيح: [١١٤/ب] أنه يؤجل بمقدار الحاجة، فإن كان صائماً فحتى يفطر، وإن كان جائعاً فحتى يشبع، وإن كان شبعاناً فحتى يهضم الطعام لئلا يلحقه ضرر الجماع ولا تقدير فيه، وهو اختيار المزني وقول الشافعي «أجله يوماً» لم يرد به التقدير باليوم، بل ذكر ذلك على قدر

---

(١) انظر الأم (١٠٦/٤).
(٢) انظر الأم (١٠٦/٤).

الحاجة من العادة، وذلك قريب من يوم أو نحو ذلك. واحتج المزني بأن المرتد لا يؤجل ثلاثاً، ولأن الثلاث حد والحد لا يؤخذ قياساً. ويمكن أن يجاب بأن له في المرتد هل يؤجل ثلاثاً؟ قولان أيضاً، وعندنا يؤخذ الحد والتقدير قياساً فلا نسلم.

فرع

إذا قلنا يؤجل ثلاثة أيام بعد المدة هل هو واجب أو استحباب؟ فيه وجهان، أحدهما: واجب كإنظار المرتد ثلاثاً، فعلى هذا ينظر استنظرها أم لا. والثاني: وهو الأظهر، واختاره الداركي أنه استحباب ينظر بها إن استنظرها وإلا فلا. والفرق بين هذا وبين المرتد أن إنظار المرتد حق لله تعالى فلم يعف على استنظاره، وإنظار هذا من حقه يوقف على استنظاره.

فرع آخر

لو طلق الحاكم عند الامتناع قبل ثلاثة أيام، فإن قلنا لا ينظر فيها وقع الطلاق، وإن قلنا: ينظر هل يقع طلاقه قبلها فيه وجهان بناء على أنها تجب شرعاً، أو استنظار، فإن قلنا وجب شرعاً لم يقع، وإن قلنا بالوجه الآخر وقع وإن كان الحاكم لا يراها وقع الطلاق وجهاً واحداً؛ لأنه عن اجتهاد شائع.

فرع آخر

إذا قلنا: يطلق الحاكم عند الامتناع في أحد أحد القولين وطلق الحاكم ثم طلق الزوج بعده ولم يعلم الزوج وقع طلاق الحاكم، وهل يقع طلاقه؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يقع لأنه واجب قد سبق الحاكم باستيفائه منه. والثاني: يقع لأنه يملك ما يجب وما لم يجب، فإذا استوفى الحاكم الواجب ولم يستكشف الزوج عنه وقع طلاقه غير واجب. [١١٥/أ].

فرع آخر

لو طلق الحاكم والزوج معاً في حالة واحدة فطلاق الزوج واقع، وفي طلاق الحاكم وجهان؛ أحدهما: قاله ابن أبي هريرة: يقع أيضاً؛ لأنه لم يسبقه الزوج بالطلاق، والثاني: لا يقع؛ لأنه لم يسبق الزوج بالطلاق.

مسألة: قال(١): «ولو كانتْ حائضاً أو أحرمتْ مكانَها بإذنهِ أو بغيرِ إذنهِ فلمْ يأمرهَا بإحلالِ لم يكنْ عليهِ سبيلٌ».

الفصل

إذا مضت مدة الإيلاء وهناك عذر يمنع الجماع كالحج والصوم والحيض والنفاس في الحبس؛ لم يكن لها مطالبته حتى يزول المانع، ولا فرق بين العذر الحسي كالحبس والمرض، أو الشرعي كالإحرام ونحوه، ويخالف هذا إذا آلى منها ثم تظاهر منها قبل

---

(١) انظر الأم (٤/١٠٨).

مضي مدة التربص، فإذا مضت المدة كان لها المطالبة مع وجود المنع من الوطىء؛ لأنه معنى من جهته لا من جهتها أيضا، وهو يمكنه إزالة المانع بالتفكير إن كان قادراً على الكفارة فلم تسقط عنه المطالبة. فإذا تقرر هذا فالوجه أن يصبر حتى يزول العذر ثم طالبه في الحال، ولا يلزمه قبل زوال المانع فيه المعذور باللسان إن كان المانع من جهتها. وقيل: وجه أنه يستأنف المدة بعد زوال العذر وليس بشيء، وإن كانت هذه الأعذار موجودة عند عقد اليمين، فإن كانت موجودة فيها مثل حبسها بحق أو غير حق، أو مرض أو صغر أو نشوز أوجنون بحنث لايصل إليها منعت أنشأ ضرب المدة؛ لأن مدة الإيلاء هي المدة التي يكون الزوج فيها ممتنعاً من ووطئها فيها باليمين، هاهنا مع هذه الأعذار فيها لايوصف بأنه يمتنع، وهذا نظر دالاً في الحيض وحده، فإنه يحتسب عليه زمان الحيض من المد؛ لأن الحيض يكثر ويوجد كل شهر، فلو لم يحتسب بزمانه من المدة لم يكن يحصل المدة بوجه. فإن قيل: أليس [١١٥/ب] الحيض يسقط مطالبتها فلا تسقط المدة؟ قلنا: لأنا لو أسقطنا المدة لم تكن تحصل مدة الإيلاء، وليس كذلك المطالبة، فإنا إذا أسقطناها في الحال طالبت به إذا زال الحيض، ولا يؤدي إلى إسقاط الحق رأساً، فدل على الفرق بينهما وأما النفاس: قال القفال وجماعة: هي كالحيض؛ لأنها عادة في المرأة كالحيض، ولهذا سوّى بيننهما في انهما لا يقطعان التتابع في صوم شهرين متتابعين.

وقال بعض أصحابنا وهذا صحيح: مدة النفاس قاطعة لمدة التربص بخلاف الحيض؛ لأن الحيض غالب والنفاس نادر. وأما إحرامها: يمنع الإحتساب على ما نص عليه. وقوله: «إذا لم يأمرها بإحلال» يدل على أنها إذا أحرمت بغير إذن الزوج له تحليلها وهو أحد القولين، والأمر بالإحلال لا يجب عليه؛ يترك بذلك حق نفسه. وقال بعض أصحابنا: إحرامها كالحيض والنفاس؛ لأن هذه العوارض تعرض في العادة، وقلما تخلو المرأة عن شيء منها في بعض أوقاتها، وهذا غلط لما ذكرنا وليس بشيء. وقيل: إذا أمكن في الإبتدا ثم عرض لا يؤثر.

فإذا تقرر هذا فكل هذه الأعذار التي تمنع بضرب المدة إذا طرأت في أثناء المدة قطعت استدامتها، وإذا زالت استؤنفت المدة أربعة أشهر ولا شيء على ما مضى منها؛ لأن من شأنها أن تكون متتابعة في المدة، ذكره صاحب «التقريب» كصوم شهرين في كفارة الجماع في رمضان والظهار. هكذا ذكره جميع أهل العراق. وقال القفال: فيه وجهان: أصحهما: أنه ينبغي على ما مضت من المدة؛ لأن المانع عدم التمكين من غير خلل في الملك وقد زال، وكما لو انقطعت المدة بوطىء شبهة ثم فرق بينهما وبين الوطىء بشبهة بنت على المدة الإولى. [١١٦/أ] والثاني: تستأنف وهذا غريب. هذا كله في المانع من جهتها. وأما إذا كان المانع من جهته مثل الحبس بحق أو بغير حق، أو المرض، أو الإحرام أو الصوم، أو العنة احتسب بزمانه عليه من مدة التربص.

والفرق أنها حادثة في الفرقة في هاتين الحالتين غير ممسك لها إمساك الزوجات فلم تحتسب عليه بتلك المدة بخلاف مسألتنا. ثم اعلم أن المزني نقل عن الشافعي أنه إذا آلى منها فحبس استؤنفت أربعة أشهر، ثم اعترض عليه فقال: الحبس والمرض عندي سواء؛ لأنه ممنوع بهما، وإذا حسب عليه في المرض وهو يعجز عن الجماع بكل حال فلأن يحتسب زمان الحبس ويمكنه أن تأتيه في حسبه فيصيبها أولي. قلنا له: حكم الحبس كما ذكرت، والغلط وقع في النقل، لأن الشافعي قال في «الأم»(١): وإذا آلى فحسبت استؤنفت أربعة أشهر» فسقط التاء عن الناقل فبطل اعتراض المزني، وهذا يدل على بطلان ما ذكره القفال من الوجه أنه إذا زال العذر يبني على المدة فإنه نص ها هنا على أنه يستأنف المدة، ونص هذا الوجه قال: يمكن تأويل بأنها حبست عقيب الإيلاء لا بعده بزمان وهذا يفيد. ثم إذا مضت المدة والحبس والمرض باقٍ قلنا له: فيء بلسانك فيء معذور، إلا أن يكون محبوساً بحق فنقول له: لا نقبل منك فيء المعذور وأنت تقدر على الخروج منه، فإن لم يفعل طلق الحاكم عليه في أصح القولين.

مسألة: قال(٢): «وقالَ في موضعين: لو كانَ بينهُ وبينهَا مسيرةَ أشهرٍ فطلبهُ وكيلَها بما يلزمهُ لهَا أمرنَاهُ أنْ يفيءَ بلسانِهِ».

إذا آلى منها وهو غائب عنها صح الإيلاء في نكاح تام وتضرب له المدة؛ لأن المانع من جهته، ولو آلى منها ثم غاب عنها فمضت أربعة أشهر فوكلت المرأة [١١٦/ب] وكيل في مطالبته صح التوكيل، فإذا فاء بلسانه وأخذ في المسير مع الإمكان أو في نقلها إليه قبل منه، وإن امتنع من ذلك طلق عليه الحاكم في أصح القولين، وإذا قال: أنا أريد أن أقعد في هذا البلد كان عليها المسير إليه ولا يجوز مطالبته بالمسير إليها، وإن كان الطريق مخوفاً كان معذوراً، فإن تمكن فعل ذلك. ولو لم يحملها ولم يسر إليها مع الإمكان ومضت مدة لو سار فيها لوصل إليها يطلق عليه، ولا يلتفت إلى قوله بعد ذلك: الآن أسير إليها هكذا ذكر القفال. وكلام أصحابنا يدل على أنه لا يشترط مدة الشهر، وعليه بعد مضي المدة أن يفيء باللسان في الحال ثم يأخذ في القدوم أو نقلها، فإن لم يفء بلسانه فيء معذور ولم يأخذ في الجماع إما بالقدوم أو بالاستدامة لم تتم الفيئة، وطلق عليها ذلك الحاكم أيضاً وهذا أصح، وإنما يلزم المسير حسب الإمكان في العرف والعادة وانتظار الرفقة، والسير مرحلة مرحلة لئلا يؤدي إلى الإضرار به ولا بها.

مسألة: قال(٣): «ولو غلبَ على عقلِهِ لَمْ يوقفْ».

إذا مضت المدة وهو مغلوب على عقله سقطت المطالبة؛ لأن المجنون لا تصح مطالبته، فإن عقل طولب في الحال؛ لأن المنع في المدة كان بسبب منه. قال المزني:

---

(١) انظر الأم (٥/٢٥٨).
(٢) انظر الأم /٤/١٠٨).
(٣) انظر الأم (٤/١٠٩).

هذا يؤكد أن يحسب عليه مدة حبسه ومنع تأخيره يوماً أو ثلاثة، ومنع من أن يقرأ أو منع على الفعل الماضي بتأخيره نصب موقوع الفعل عليه، أي منع الشافعي في مسألة الجنون تأخيره ثلاثة أيام، فدل على إبطال التأقيت، والقراءة الأولى أصح وهي أن يقرأ: ومنع على المصدر تأخيره بالإضافة [١١٧/أ] يعني أن كلام الشافعي في المجنون يؤكد ما أخبره في مسألتين أحديهما: احتساب مدة جنسه عليه، والثانية: إبطال التأقيت عند الوقف. يقال له: أما مسألة الحبس فأنت غلطت في النقل. وأما التأقيت فالصحيح ما أخبرت، ولا يحسن منك أن تحتج بكلام الشافعي في هذه المسألة، وما قصد بها مسألة التأقيت، وإنما قصد حكم الجنون العارض أنه يمنع المطالبة في حال الجنون ولا يمنع احتساب المدة. وقيل: قوله: «ويمنع تأخيره» عطف الاسم على الفعل، وفي هذا يؤكد منع تأخيره، ومثل هذا جائز في الكلام.

مسألة: قال(١): «ولو أحرمَ قيلَ له: إن وطئتْ فسدَ إحرامكَ».

الفصل

إذا كان محرماً فمضت المدة، قلنا له: لا نقبل منك فيء معذور؛ لأنك أدخلته على نفسك ولا نطالبك بالجماع فإنه معصية، ونقول لك: إن وطئتها فقد أوفيتها حقها وفسد إحرامك، وإن لم تطأها طلق الحاكم عليك، ويفارق هذا إذا مرض لأنه معذور إلى أن يتحلل؛ لأنه غير قادر على الوطيء كالمريض، وهذا غير صحيح لما ذكرنا. وقال مالك: لو وطئها في هذه الحالة لا يخرج عن حقها ولها أن تطالبه بالوطيء بعد الإحلال. وهذا غلط، لأنه حنث بوطئها وزالت اليمين فلا يبقى حكم اليمين.

مسألة: قال(٢): «ولو آلىٰ ثمَّ تظاهرَ، أو تظاهرَ ثمَّ آلىٰ وهوْ يجدُ الكفارةَ، قيلَ له: أدخلتْ المنعَ علىٰ نفسكَ».

الفصل

إذا آلى ثم تظاهر منها، أو تظاهر ثم آلى وهو مصر كفارته الصيام وقد انقضت مدة الإيلاء تقول له: [١١٧/ب] لا نطالبك للوطيء فإنه معصية؛ لأن الوطيء في الظهار قبل التفكير معصية، ولكن نطالبك بالطلاق، فإن وطئت عصيت ووفيتها حقها، وإن طلقتها وفيتها حقها، وإن امتنعت من الأمرين طلقها الحاكم عليك ولا يقبل عذرك بتحريمها عليك؛ لأن تحريمها بالظهار شيء أدخلته على نفسك فلا يتأخر بذلك حقها، ولا يلزمها أن تصير حتى تصوم شهرين؛ لأن ذلك تأخير لحقها به ضرر. قال القفال: ونظير هذا ما لو غصب دجاجة ولؤلؤة، فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة: قلنا له: إن ذبحت الدجاجة عصيت لأنها لغيرك، وإن لم تذبح غرمت قيمة اللؤلؤة، ولا نأمرك بالمعصية لكن نغرمك إن لم تذبح.

---

(١) انظر الأم (٤/١٠٩).

(٢) انظر الأم (٤/١٠٩).

فرع

إذا أراد وطئها هل لها أن تمنع؟ وجهان: أحدهما: ليس لها ذلك بخلاف الوطىء في الحيض؛ لأن تحريم ذلك من حقها وتحريمه بالظهار في حقه وحده، ويسقط حقها من المطالبة بهذا الامتناع؛ لأن الممتنع ممنوع من المطالبة كالديون المبذولة ليس لصاحب الدين الامتناع من أحدها لعلمه أنها مغصوبة، وهذا اختيار أبي حامد وجماعة، ولم يذكر صاحب «الحاوي»[(١)] سوى هذا. وحكي عن أبي حامد أنه إذا كان صائماً أو محرماً فدعاها ليس لها الامتناع وجهاً واحداً وهذا غريب. فإن قيل: أليس لو جاءها بنفقة مغصوبة لها أن تمتنع من غصبها فكذلك هذا؛ لأن كل واحد منهما حرام؟ قيل: الفرق أن النفقة المغصوبة لا تسلم لها بل تنزع من يدها، وليس كذلك لو وطىء، فإن الحرام والحلال سواء في توفية الحق.

والوجه الثاني: لها أن تمتنع منه، وهو اختيار القاضي الطبري وجماعة، وهو صحيح عندي؛ لأنه وطىء محرم فكان لها الامتناع منه كوطىء الرجعية، ويخالف الدين فإنه يدعى أنه مغصوب [١١٨/أ] ومن عليه الدين يدعى أنه ماله، والظاهر معه فإن اليد تدل على الملك، وهذا الوطىء متفقان على تحريمه، والسبب الذي يحرمها عليه يحرمه عليها ونظره من المال أن يتفقا على أنه مغصوب ولا يجبر صاحب الدين على أخذه، فإن قلنا بهذا أجبر الزوج على الطلاق لأنه مخير بين الفيئة والطلاق، فإذا تعذرت الفيئة تعيق الطلاق. ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه لا يتعين عليه الطلاق ويفيء فيء معذور حتى يقدر على الكفارة والأول أصح وهو المذهب. وهكذا الخلاف إذا أحرم ثم أراد وطئها هل لها أن تمتنع أم لا؟

فرع آخر

لو كان المظاهر مالكاً للرقبة لم ينظر في عتقها؛ لأنه يقدر على تعجيله، فإن لم يكن مالكاً للرقبة أنظر لابتياعها، وهل يبلغ بإنظاره ثلاثاً؟ قولان. وذكر أبو إسحاق هاهنا: أنظر به يومين وثلاثة؛ لأنه يسير. وكذلك في الإطعام إذا أراد أن يكفر بها بمثل قدر الحاجة.

مسألة: قال[(٢)]: «ولو قالتْ: لم يصبني وقالَ: قد أصبتُهَا، فإنْ كانتْ ثيباً فالقولُ قولهُ مع يمينه».

الفصل

إذا اختلفنا في الإصابة، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه، ولكن يقبل ببينة أيضاً لو أقامها؛ لأنه يتصور بصورة المدعي، فهو كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو تلقها يقبل قوله مع يمينه وتقبل بينة أيضاً. وإن ادعت أنها بكر أرى أربع نسوة، فإن قلن: إنها يثب

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/٣٩٨).

(٢) انظر الأم (٤/١٠٩).

فإن القول قوله مع يمينه، وإن قلن: إنها بكر فالقول قولها مع يمينها. مظاهر كلام الشافعي أنها تحلف سواء ادعى الزوج عليها عود البكارة أو لم يدع. قال المزني: إنما أحلفها لأنه لا يمكن أن يكون لم يبالغ في الوطيء فرجعت العذرة بحالها. فمن أصحابنا من أخذ بظاهره، ومنهم من قالك إذا لم يدع الزوج عود العذرة لا يحلف؛ لأنا قد علمنا كذبه [١١٨/ب] وإنما يحلفها إذا أدعي عودها فتكون دعوى مستأنفة ويكون قولها مع يمينها. فإن قيل: الأصل عدم الوطيء فلم قلتم القول قوله في الوطيء إذا كانت ثيباً؟ قيل: هذا الأصل غير محقق ويجوز غيره، والنكاح محقق فكان المحقق أولى من غيره، والمحقق مع قوله. قال ابن الحداد: لو كانت هذه المرأة غير مدخول بها وادعي الوطيء وحلفناه، ثم طلقها وأراد أن يراجعها فامتنعت وأنكرت الوطيء كان القول قولها مع يمينها، فإذا حلفت لم يثبت له الرجعة عليها؛ لأنّا أثبتنا الوطيء بيمينه في حكم الإيلاء، فأما إثبات الرجعة لا يمكن بيمينه ويسقط عنها بيمينها.

مسألة: قال[١]: «ولو ارتدَا أو أحدهمَا في الأربعةِ الأشهرِ أو خالعهَا ثمَّ راجعهَا، أو راجعَ من ارتدَ منهما فِي العدة استأنف في هذهِ الحالاتِ كلهَا أربعةَ أشهرِ من يومِ حلِّ له الفرجِ».

قدمنا إن هذه الردة لا تحسب عليه، فإن رجع إلى الإسلام يستأنف المدة كما لو راجع الرجعية، فإن لم يرجع إلى الإسلام حتى انقضت العدة انفسخ النكاح، فإن تزوجها بعدة هل يعود الإيلاء فهذا فسخ وقع فيه هل يكون كالبيونة بالثلاث أو دون الثلاث؟ قد ذكرنا فيما تقدم. وهكذا لو آلى منها ثم خالفها وقلنا: الخلع فسخ ثم تزوجها فهو كالفسخ بالرد سواء. قال الشافعي[٢]: «ولا يشبه هذا الباب الأول؛ لأنها في هذا الباب كانت محرمة كالأجنبية الشعر والنظر والحيض في تلك الأحوال لم تكن محرمة بشيء غير الجماع». وأراد أن بالحيض والإحرام لا تنقطع المدة كما تنقطع بالارتداد لهذا الفرق، والتحقت في حالة الارتداد والخلع بالأجنبيات شعراً نظراً وحساً فاستأنفنا [١١٨/ب] المدة. ثم أن المزني اختار لنفسه الفرق بين الارتداد والخلع فأوجب إسقاط المدة في الخلع دون الارتداد وقال: القياس عندي أن ما حل له بالقعد الأول فحكم حكم امرأته والإيلاء يلزمه لمعناه فأما من لم يحل له بعقده الأول حتى يحدث نكاحاً يعني الخلع فحكم حكم من آلى ثم تزوج فلا حكم للإيلاء في معناه وهذا إشارة إلى اختيار من القولين في عود اليمين وقد اختاروا أن لا تعود فلذلك أسقط الإيلاء بالخلع كل الاسقاط ولم يقطع المدة بعارض الارتداد يقال له إذا اعترض الارتداد ثم جمعها الإسلام فتحريمها عليه في حالة الارتداد كان كتحريم الأجنبية ولم يحل له منها في تلك الحالة شيء مما يستباح بالنكاح فكيف لا تنقطع المدة والحالة وبهذه الصفة.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١١٠).

مسألة: قال(١): وأقلُ ما يكونُ المولي به فَائِتاً فِي الثيبِ أن يغيبَ الحشفَة، وفي البكرِ ذهابُ العذرةِ».

الفيئة في الإيلاء عند القدرة التقاء الختانين بكراً كانت أو ثيباً والإلتقاء أن يغيب الحشفة في الفرج وقول الشافعي في الثيب: أن يغيب الحشفة في البكر إذهاب العذرة لم يرد به أن الافتضاض شرط، أو هما يفترقان بل أراد أن الالتقاء في حق البكر لا يقع إلا بالافتضاض، ثم قال الشافعي(٢): فإن قال لا أقدر على افتضاضها أجل أجل العنين وينظر في هذا، فإن كذبته المرأة كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه أعلم بنفسه، وحلفناه لأنه متهم في ترك الفيئة، فإذا حلفت فاء فيئة معذور بالمرض بلسانه، ثم إذا سألت المرأة الحاكم أن يضرب له مدة العنة ضرب له المدة، ثم إذا مضت المدة، ولم يطأ كان لها المطالبة بالفسخ، وهذا هو المذهب المنصوص.

وقال ابن أبي هريرة: [١١٩/ب] يتعين عليه الطلاق إذا أقر بالعجز؛ لأنه من خير بين شيئين ثم تعذر عليه أحدهما تعين الآخر، كالمخير في أنواع كفارة اليمين. قال: وتأويل قول الشافعي أنه طولب بالفيئة بعد انقضاء المدة فاختار الطلاق ثم راجعها، ثم قال: لا أقدر على وطئها أُجل أَجل العنين، وهذا لأن حقها بعد انقضاء المدة ثبت معجلاً فلا يؤجل؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار بها، وكذا ذكره صاحب «الإفصاح» وقال: إذا رجع خيرناها بين حكم الإيلاء وحكم العنة؛ لأنه قد اجتمع لها الأمران، وهذا لا يصح؛ لأنه إنما يكون مخيراً بين الوطىء والطلاق إذا كان قادراً على الوطىء، فأما إذا تعذر عليه بسبب فعليه يكون الفيئة بلسانه كما لو كان مريضاً، وها هنا قد ثبت عجزه في الحال بيمينه هذا كله من الكبر. فأما إذا كانت ثيباً فقال: لا أقدر على وطئها نظر، فإن لم يكن وطئها قبل ذلك فالحكم على ما ذكرنا من قبل، وزن كان قد وطئها لم يقبل منه أنه عنين ونطالبه بالفيئة أو الطلاق؛ لأن من وطىء في أول النكاح لا يكون في الحكم عنيناً من ذلك النكاح.

مسألة: قال(٣): «لو جاءَ معهَا محرمةً أو حائضاً خرجَ من حكمُ الإيلاءِ».

من فاء فيئة القادر خرج بها من حكم الإيلاء، سواء كان وطئه مباحاً أو حراماً، مثل أن تكون حائضاً أو نفساء أو صائمة؛ لأن كل حكم يتعلق بالوطىء في النكاح لا يفترق بين المباح منه والحرام كتحريم الربيبة واستقرار المهر.

مسألة: قال(٤): «لو آلىٰ ثمَّ جنَ فأصابهَا في جنونهِ أو جنونهَا خرجَ من الإيلاءِ وكفرَّ إنْ أصابهَا وهو صحيحٌ، ولمَ يكفرْ إذا أصابهَا وهو مجنونٌ».

إذا آلى منها ثم جن قد ذكرنا أن المدة تحسب عليها في حال الجنون، وأنها لا تطالب مادام مجنوناً، فإن وطئها لا يختلف أصحابنا أنه لا يحنث [١٢٠/أ] بهذا

(١) انظر الأم (٤/ ١١١).
(٢) انظر الأم (٤/ ١١١).
(٣) انظر الأم (٤/ ١١١).
(٤) انظر الأم (٤/ ١١١).

الوطىء فلا تلزمه الكفارة؛ لأن قصد المجنون إلى الوطىء كعدم القصد، لاسيما فيما يتعلق بحق الله تعالى. ولهذا لو قال: والله لا أدخل الدار فدخلها وهو مجنون لا يحنث في يمينه ويفارق الناس علي أحد القولين؛ لأنه من أهل القصد في الجملة بخلاف المجنون. قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول مخرج من حنث الناس أنه يحنث به، وتلزمه الكفارة. وهذا غلط والفرق ظاهر.

فإذا تقرر هذا فالمنصوص أنه يخرج به من حكم الإيلاء؛ لأن وجود الجماع بدفع الإضرار والقصد غير معتبر. بدليل أنه لو آلى عن أحد امرأتيه ثم وجدها على فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته الأخرى خرج به عن حكم الإيلاء وإن لم يقصد، ويفارق الحنث ووجوب الكفارة؛ لأن ذلك حق الله تعالى فيحتاج فيه إلى القصد. ومن أصحابنا من قال: لا يخرج به عن حكم الإيلاء فيجب أن يستأنف لها أربعة أشهر بعد الوطىء كما لو طلقها في الإيلاء ثم راجع استؤنفت أربعة أشهر من يوم رحل الفرج. وتأويل قول الشافعي خرج من حكم الإيلاء، أي فيما مضى من المدة دون المستقبل، وإذا أفاق طولب بالفيئة والطلاق وهذا غير صحيح لما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: لا يخرج به من حكم الإيلاء ثم أفاق هل نستأنف له المدة من وقت الوطىء، أو يوقف في الحال؟ وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا أنه يستأنف. والثاني: يوقف في الحال؛ لأنّا قد ضربنا له المدة والوطىء الذي وجد منه كالمعدوم فإنه لم يتعلق به حنث، ولا خروج من حكم الإيلاء فصار كما لو لم يوجد، والصحيح ما ذكرنا. وإذا قلنا: خرج من حكم الإيلاء فالمذهب أنه لا تنحل اليمين، فإن أصابها بعد ذلك [١٢٠/ب] وهو عاقل تلزمه الكفارة وتكون منزلته في هذا الوقت منزلة من حلف قبل النكاح، ثم نكح يكون حالفاً لا يحكم عليه بحكم الإيلاء.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان؛ أحدهما: هذا والثاني: انحلت اليمين بالوطىء الأول، وهذا ليس بشىء. قال المزني: إذا خرج من حكم الإيلاء كيف لا يلزمه الكفارة؟ ولو لم تلزمه الكفارة ما كان حانثاً، وإذا لم يكن حانثاً لم يخرج به من حكم الإيلاء. ومراد المزني من هذا الكلام غير مفهوم لأنه يشبه أن يكون معناه أنه إذا خرج من حكم الإيلاء وجب أن تلزمه الكفارة ويشبه أن يكون معناه أنه إذا لم تلزمه الكفارة وجب أن لا يخرج به من حكم الإيلاء وهذا أظهر الاحتمالين من كلامه قلنا: له الخروج من حكم الإيلاء بزوال المضارة وقد زالت وجوب الكفارة بحرمان العلم والقلم مرفوع عن المجنون فالأولى أن يفصل في الحكمين كما فصل الشافعي بينهما ولأن هذا الوطىء إبقاء حق لأدمي فلا يعتبر فيه القصد، وأما قول الشافعي رحمه الله «وكفر إذا أصابها وهو صحيح» يحتمل أنه أراد به إذا كانت مجنونة وهو عاقل تلزمه الكفارة إذا أصابها وهو صحيح، وله قصد بخلاف ما لو أصابها وهو مجنون لا كفارة عليه؛ لأنه جمع بين المسألتين فبين حكم الكفارة فيهما. ويحتمل أنه أراد: إذا أفاق من جنونه بعدما وطئ فيه، ثم وطئ مرة أخري يلزمه الكفارة وإن لم يكن مولياً.

فرع

لو استدخلت ذكره وهو نائم يخرج به من حكم الإيلاء ولا تلزمه الكفارة؛ لأنها وصلت إلى الإصابة وهو مرفوع العلم كما ذكرنا في وطئ الجنون، ولا تنحل اليمين به حتى لو وطئها بعد ذلك عمداً تلزمه الكفارة. وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: لا يخرج به [١٢١/أ] من حكم الإيلاء لأن حقها في فعله لا في فعلها، ولم يحنث بذلك ولا يسقط به الإيلاء.

مسألة: قال(١): «والذميُّ كالمسلمِ فيمَا يلزمهُ من الإيلاءِ».

الفصل

قد ذكرنا أن إيلاء الذمي صحيح وتلزمه الكفارة كما تلزم المسلم خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -. حيث قال: لا تلزمه الكفارة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح إيلاءه بالله تعالى ويصح بالطلاق والعتاق. وهذا غلط لأنه يصح إيلاءه بالطلاق فيصح باليمين بالله تعالى كالمسلم. وقال مالك: لا يصح على معني أنه إذا أسلم لا يوقف ولا يطالب بشيء، واحتج بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وهذا لا يصح؛ لأن الغفران من حقوق الله تعالى والفيئة من حقوق الزوجة فلا يسقط بالإسلام. ثم اعلم أن الحكم بصحة إيلائه ولزوم الكفارة إنما يكون حين يتحاكم إلينا، فأما قبل تحاكمه فلا نتعرض له، وإذا تحاكموا إلينا هل يلزم الحاكم أن يحكم بينهما؟ فيه قولان؛ أحدهما: يلزمه. والثاني: لا يلزمه. وإذا حكم يحكم بحكم الإسلام لكل حال؛ لأن حكم الله تعالى على العباد واحد. واختار المزني قول الوجوب فقال: هذا أشبه القولين؛ لأن تأويل قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، عند الشافعي أن تجري عليهم أحكام الإسلام، واحتج بأن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال في كتاب «الجزية»: لو جاءت امرأة رجل منهم تستعدي بأن زوجها طلقها أو آلى منها أو ظهر منها، حكمت في ذلك حكمي على المسلمين». وقال أيضاً في كتاب «الجزية»: وإن جاء رجل منهم يطلب حقاً كان على الإمام أن يحكم على المطلوب، وإن لم يرض بحكمه، وقد مضت هذه المسألة في كتاب النكاح بالشرح.

مسألة: قال(٢): «إذا كانَ العربيُّ يتكلمُ بألسنةِ العجمِ [١٢١/ب] فآلىٰ بأيِّ لسان منها فهو مولٍ فِي الحكمِ».

الفصل

إذا كان العربي يحسن العجمية فآلي بالعجمية صح الإيلاء كما يصح الطلاق، وإذا آلى العربي بالعجمية وقال: لم أعرف معناه ولم يعرف أنه يعرف باللسانين فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل جهله به وهذا من حق المرأة، فأما في حق الله تعالى لوجوب

---

(١) انظر الأم (٤/١١٢).

(٢) انظر الأم (٤/١١٢).

الكفارة لا يحلف، بل هو أمر بينه وبين الله تعالى، وعلى هذا لو قال العربي لأمته بالفارسية: شهره حري تو وقال: لم أعرف معناه حلف ولم يعتق. ولو آلى العربي بالعربية ثم قال: جرى ذلك على لساني من غير قصد، أو قال العجمي هذا في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر ويدين ما بينه وبين الله تعالى. وأعلم أن فيما نقله المزني إشكالا، وذلك أنه قال: فهو مولٍ في الحكم، وإذا كان يحسن العربي العجمية فآلى بالعجمية فهو مول في الحكم وغيره، فما معنى تقيده بالحكم؟ وإزالة هذه الأشكال بأن يقال: لعل الشافعي تصور المسألة في عربي علماً أنه يتكلم بكلمات كثيرة من ألسنة العجم، فالظاهر أنه كان عالما بمعنى الإيلاء في اللغة العجمية لما آلي بلسان العجم، فإذا ادعى إني لا أعقل ما ذكرت جعلناه في الحكم مولياً، لأنا لما عرفناه ناطقاً بلغة العجم في كلمات كثيرة فالظاهر منه أنه علم بالإيلاء، فأما بينه وبين ربه عز وجل فهو أعلم، ويحتمل أنه لم يعقل هذه الكلمة الواحدة، وإن عقل الكلمات الكثيرة. والذي يدل على مراد الشافعي ما عطف على هذه المسألة «أنه لو كان لا يتكلم بالعجمية فقال: ما عرفت ما قلت وما أردت الإيلاء فالقول قوله مع يمينه» يعني في الحكم أن الظاهر هاهنا أنه لم يعقل معنى لفظه، والظاهر في المسألة الأولى أنه يعقل معناه.

مسألة: قال[1]: «ولو آلىٰ ثمَّ آلىٰ».

الفصل

إذا آلى ثم آلى، مثل أن يقول: والله لا وطئتك خمسة أشهر [١٢٢/أ] ثم قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر، أو حلف على مدتين، فقال: والله لا وطئتك خمسة أشهر ثم قال: والله لا وطئتك سنة، فإذا مضت أربعة أشهر طولب، فإن وطىء حنث فيما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في «الأم»[2]: لا ينظر فإن أراد باليمين الثانية الأولى فكفارة واحدة، وإن أراد غيرها فأحب إلى «كفارتان»، ويجزيه كفارة واحدة لأنهما يمينان في شيء واحد»، وهو المشهور من مذهبه. وقال أصحابنا: فيه قول آخر أن عليه لكل يمين كفارة. قال أبو إسحاق: وليس وجوب الكفارتين بشيء، وإنما ذلك استحباب كما إذا نذر ثم نذر عليَّ شيء واحد لم يلزمه الثاني ما لم يكن لزمه بالأول من الوفاء، فكذلك اليمين في الكفارة، وإن أطلق ولايته له، فإذا قلنا: إذا أراد غيرها يلزمه كفارة واحدة فهاهنا أولى، وإن قلنا هناك: يلزم كفارتان فها هنا قولان. وقال صاحب «الإفصاح»: إذا حلف على مدتين مختلفتين يجب كفارتان قولاً واحداً؛ لأنهما يمينان مختلفان، وهذا لا يصح؛ لأن الحنث واحد فلا تتكرر الكفارة، كما لو كانتا على مدة واحدة. قال القفال: بين الوصل وبين الفصل في هذه المسألة؛ لأنه لو قال

(١) انظر الأم (٤/ ١١٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٠).

لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وقال: أردت به التأكيد كان تأكيداً والإيلاء كالتعليق؛ لأنه لا يوقع أمراً بل يوجب أمراً بخلاف ما لو قال: أنت طالق ثم قال: أردت به التأكيد لا يصح لأنه إيقاع.

مسألة: قال(١): «وقَدْ زعمَ من خالفنَا في الوقفِ أنَّ الفيئةِ فعلٌ يحدثُه بعدَ اليمين فِي الأربعةِ الأشهرِ إما بجماعٍ، وإمّا فِيء معذورِ باللسانِ، وزعمَ أنَّ عزيمةِ الطلاقِ انقضاءُ أربعةِ أشهرِ بغيرِ فعلٍ يحدثُه».

الفصل

رجع الشافعي ـ رحمه الله ـ عليه إلى أول كتاب الإيلاء يناظر أبا حنيفة في الوقف وزمان الفيئة وقد تقدم بيان ذلك، ثم احتج عليه بأنه لما كان الفيء فعلاً منه يخرج به عن [١٢٢/ب] حكم الإيلاء، فكذلك وجب أن تتوقف على فعله، ولا يحصل ذلك بانقضاء المدة. وحرره أصحابنا فقالوا: الطلاق أحد ما يخرج به المولي عن حكم الإيلاء، فوجب أن يتعلق بفعله كالفيئة. واحتج أيضاً بأن ظاهر الآية أنه خيِّر بينهما في زمان واحد فيختار أحدهما في الزمان الذي يختار فيه الآخر، وأنت جعلت الفيء في المدة وعزيمة الطلاق عند انقضاء المدة. واحتج وأيضاً بأنه لو عزم أن لا يفيء بالمدة لم يكن شيئاً فكيف يحصل الفراق بقدم الفيئة عند انقضاء المدة من غير عزم، ولا إحداث أمر عند انقضاء المدة، ثم إذا بطل مذهبه ثبت أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، أراد: وإن أنشأوا الطلاق بعد انقضاء المدة، وقيل: مقصود من هذا الفصل أن عزم الطلاق عند الشافعي ظاهر اللفظ كما قال تعالى في آية التعريض بالخطبة: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، أي: ولا تتلفظوا، ولم يرد النهي عن الفيئة، وكيف ينهي عن الفيئة والتعريض بالخطبة مباح، وزعم أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أن العزم في آية الإيلاء أن يمتنع عن الجماع في الأربعة الأربعة الأشهر، فكأنه بالامتناع قصد وقوع الطلاق عند انقضاء المدة، فقال الشافعي: لو جاز أن يحمل هذا العزم على الفيئة لوجب أن يقال: إذا عزم طلاقاً في المدة قبل انقضائها، فإذا أجمعنا على أنها لا تطلق بالعزم حين يعزم فكيف تطلق بنفس انقضاء المدة من غير عزيمة ولا فعل أنشأه.

باب إيلاء الخصي

مسألة: قال(٢): «إذا آلىٰ الخصيَّ مِنَ امرأتهِ فهوَ كغيرِ الخصيِّ».

الخصي إذا آلى من امرأته ـ وهو الذي سلت بيضتاه وبقي ذكره ـ حكمه حكم الفحل؛ لأنه يجامع كما يجامع الفحل، وإنما عدم الإنزال وذلك لا يؤثر. وقيل: جماع الخصي [١٢٣/أ] أقوى وأشد لعدم الإنزال، وقيل: قد ينزل ماءً رقيقاً أصفر ولهذا ألحق به

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١١٤).

الولد. وأما المجبوب فعلى ثلاثة أضرب؛ مجبوب قد بقي منه ما يمكن أن يولجه ويجامع به، فحكمه حكم غير المجبوب. ومجبوب لم يبقَ منه شيء أو بقي شيء إلا أنه لا يمكن إيلاجه فيه قولان؛ أحدهما: لا ينعقد إيلاؤه وهو الصحيح، وقد نص عليه في «الإملاء» وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني؛ لأن الحنث غير متصور منه والمضارة غير متحققة. والثاني: ينعقد إيلاؤه نص عليه في «الأم»[1] ونقله المزني إلي المختصر؛ لأن قصد المضارة باليمين قد ظهر منه. فإن قلنا بهذا قلنا له: فء بلسانك ولا شيء عليك غيره، والفيء باللسان من المجبوب أن يقول لها: لو قدرت لفعلت، ولا يقول: إذا قدرت فعلت؛ لأنه ميئوس من ذلك.

ومن أصحابنا من قال: النصان على حالين، فالذي قال ينعقد إيلاؤه إذا بقي له بعد الجب شيء يمكن منه الجماع، والذي قال لا ينعقد إذا لم يبقَ ذلك. ومن أصحابنا من قال: كما على حالين على وجه آخر: فحيث صحح الإيلاء صور فيمن آلى وهو غير مجبوب ثم اعترض الجب، وحيث لا يصح الإيلاء صور فيمن آلى وهو مسموح عند الإيلاء، وهو جماعة من أصحابنا. ومجبوب بقي من ذكره قدر ما يمكن الجماع به إلا أنه يدعي أنه عاجز لايمكنه الجماع به، فالقول قوله في ذلك وحكمه حكم العنين، وقد ذكرنا حكم من آلى ثم ثبتت عنته.

مسألة: قال[2]: «ولو آلىٰ صحيحاً ثمَّ وجبَ ذكرهُ كانَ لها الخيارُ مكانهَا».

وقد بينا هذه المسألة في «كتاب النكاح» فإذا اختارت المقام فمضت أربعة أشهر، فإن قلنا بقوله في «الإملاء» لا ينعقد إيلاؤه، بطل إيلاؤه بالجب، وإن قلنا بقوله في «الأم» فلها المطالبة بعد انقضاء المدة وإيلاؤه باقٍ [١٢٣/ب] ورضاها بالمقام معه في خيار الجب لا يسقط خيار الإيلاء فيكفيه فيء معذور. وأما قوله «كان لها الخيار مكانها»: أي بسبب الجب العارض، ويكون على الفور قولاً واحداً، لأنه خيار عيب فلا مهلة فيها.

فرع

لو آلى من الرتقاء أو القرناء. قال أصحابنا: فيها قولان كالمجبوب، إلا أنا إذا قلنا يصح الإيلاء لا تضرب الإيلاء؛ لأن المنح بسبب من جهتها كالمريضة يصح الإيلاء منها ولا تحتسب عليه المدة، ولذلك يصح الإيلاء من الصغيرة ولا تضرب له المدة حتى تبلغ فتضرب له المدة، وكذلك من الناشرة ولا تضرب المدة حتى ترجع إلى الطاعة. وقال أبو حنيفة: تضرب للمرأة الرتقاء المدة عقيب الإيلاء، فإن فاء إليها بلسانه وإلا بانت بانقضائها، وكذلك عقده إذا نشزت المرأة أو غابت المرأة في المدة وهذا غلط؛ لأن حقه من الوطيء سقط بذلك فوج أن تسقط المدة المضروبة له.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٥٩).

(٢) انظر الأم (٤/ ١١٤).

كتاب الظهار

الأصل في الظهار الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْۚ﴾ [المجادلة: ٢]، إلى آخر الآيتين. وأما السنة فما روى أبو داود بإسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: «اتقى الله فإنه ابن عمك»، فما برحت حتى نزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] الآيات، فقال: «يعتق رقبة» فقلت: لا يجد. فقال: «يصوم شهرين متتابعين» [١٢٤/أ] فقلت: يا رسول الله، إنه شيخ كبير ما به من صيام قال: «فليطعم ستين مسكيناً»، قلت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتى من ساعته بعرق من تمر، فقلت: يا رسول الله إني أعنيه بعرق آخر، قال: «قد أحسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك»(١). وقال ابن سيرين: أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت. قال الأصمعي: العرق بفتح العين والراء السفينة التي تنسخ من الخوص كالزنبيل الكبير، وقد جاء تفسيره في هذا الخبر أنه ستون صاعاً. وروى أبو داود، عن محمد بن إسحاق، أن العرق للكيل يسع ثلاثين صاعاً(٢)، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: إن العرق زنبيل يسع خمسة عشر صاعاً، وهذا يدل على أن العرق قد تختلف في السعة والضيق، فيكون بعض الأعراق أكبر وبعضها أصغر، وروى هشام بن عروة أن جميلة كانت تحت أوس بن الصامت، وكان رجلاً به لمم، فإذا اشتد لممه ظاهر من امرأته، فأنزل الله تعالى فيها كفارة الظهار. واللمم هاهنا الإلمام بالنساء وشدة الحرص، والتوقان إليهن. وأيضاً روى سليمان بن يسار، عن سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع عليَّ حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان، فبينما هي تحدثني ذات ليلة إذ تكشف له منها شيء، فلم ألبث أن وقعت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ، قالوا: لا والله، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: «أنت بذاك يا سلمة؟»، قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين، وأنا صابر لأمر الله [١٢٤/ب] عز وجل، فاحكم فيما أراك الله سبحانه وتعالى، قال: «حرر رقبة» قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي، قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٤).
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٩).

«فصم شهرين متتابعين»، فقلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: «فاطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً»، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاماً، قال: «فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعهما إليك، فاطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها» فرجعت إلى قومي وقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي ﷺ السعة وحسن الرأي، وقد أمرني أو أمر لي بصدقتكم(١).

وقوله: «أنت بذاك يا سلمة» معناه: أنت المسلم بذلك والمرتكب له. وقوله: «بتنا وحشين»، معناه: بتنا مقفرين لا طعام لنا. وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله، إني قد ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال: «ما حملك على ذلك رحمك الله؟»، قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال: «فلا تقربها حتى تعمل ما أمرك الله تعالى»(٢).

وروي عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، أن سلمة بن صخر الأنصاري. أحد بني بياضة. جعل امرأته عليه كظهر أمه حتى يمضي رمضان، فلما مضى نصف رمضان وقع عليها ليلاً، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «أعتق رقبة». فقال: لا أجدها، قال: «فصم شهرين متتابعين». قال: لا أستطيع، فقال: «أطعم ستين مسكيناً». قال: لا أجد، فقال رسول الله ﷺ لعروة بن عمرو: «أعطه ذلك العرق، وهو مكتل [١٢٥/أ] يأخذ خمسة عشر صاعاً أوستة عشر صاعاً، إطعام ستين مسكيناً»(٣). قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن. يقال: سليمان، ويقال: سلمى. وروى بكير بن الأشج عن سليمان بن يسارخبر سلمى بن صخر وذكر فيه: فأتى رسول الله ﷺ بتمر فأعطاه إياه، وهو قريب خمسة عشر صاعاً، فقال: «تصدق بهذا»، فقال: يا رسول الله، على أفقر مني ومن أهلي. فقال: «كله أنت وعيالك». وقيل: سليمان بن يسار لم يدرك سلمة بن صخر فإخباره عنه مرسل.

وأما الإجماع: لا خلاف بين المسلمين فيه، ثم أعلم أن الظهار مشتق من الظهر، كأنه يقول: ظهرك محرم علي كتحريم ظهر أمن. وإنما خص الظهر من بين أعضاء الأم؛ لأن كل مركوب سمي ظهراً لحصول الركوب على ظهره، والمرأة تركب الزوج، والظهار محرم لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢]، ومعنى ذلك أن الزوجة لا تكون محرمة كالأم. فإن قيل: أليس قوله: أنت علي حرام في معناه وليس بمحرم؟ قلنا: هو مكروه ولا يحرم؛ لأن الله تعالى عاتب فيه فقال: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]، ولم يعقبه بما عقب به لفظ الظهار من الإنكار،

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٣).
(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٢٥)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي (٣٤٥٧)، وابن ماجه (٢٠٦٥).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٢١٥)، والترمذي (١١٩٨)، وابن ماجه (٢٠٦٤).

وعلق بالظهار الكفارة العظمى ومنع الوطىء قبل التكفير، وفي لفظة التحريم تتعلق كفارة اليمين، وليست اليمين والحنث محرمين، فلهذا لا يحرم. ويمكن أن يقال: التحريم يجتمع مع الزوجية، فأما تحريم الأم لا يجتمع معها فافترقا.

مسألة: قال[١]: «فكلُّ زوجٍ جازَ طلاقُهُ وجرىٰ عليهِ الحكمُ مِنْ بالغٍ جرىٰ عليهِ الظهارُ».

الفصل

فإن تظاهرت امرأة من زوجها كان قولها لغواً. وقال الحسن، والنخعي، وابن أبي ليلي: يلزمها كفارة الظهار. وقال الأوزاعي: [١٢٥/ب] لو قالت لزوجها لا يكون شيئاً، ولو قالت لأجنبي: أنت عليَّ كظهر أمي، لزمتها الكفارة إذا تزوجته. وقال أبو يوسف: يلزمها كفارة اليمين، وهذا غلط لظاهر الآية، ولأنه لا يصح طلاقها فلا يصح ظهارها. وأما الرجال: فكل زوج صح طلاقه صح ظهاره حراً كان أو عبدا، مسلماً كان أو كافراً، ذمياً كان أو حربياً. وقول الشافعي: «جرى عليه الحكم» أراد طريق التأكيد، وهو توسع في عبارة العلة، وهذ عبارة المحققين عند التحرير يستكثرون معاني الفقه في أوصاف العلة، وإن كان الوصف الواحد فيها مستقلاً بنفسه، ولا فرق بين أن تكون المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، أو صغيرة أو كبيرة، أو حائضاً أو طاهراً، أو رتقاء أو صحيحة، أو عاقلة أو مجنونة، أو محلة أو محرمة.

وقال بعض العلماء لا يصح ظهار العبد، ونسبه صاحب «الحاوي»[٢] إلى مالك رحمه الله. واحتج بأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣] والعبد لا يملك الرقبة، وهذا غلط لعموم الآية، ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر. وأما ما ذكر لا يصح؛ لأنه أوجب تحرير الرقبة على من يجدها، وأوجب على من لا يجدها الصيام. وقال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله: لا يصح ظهار الذمي؛ لأنه لا يصح منه الكفارة، وهذا غلط لما ذكرنا من الآية والقياس، ولا نسلم أن موجبة الكفارة بل موجبة التحريم، ولا نسلم أنه لا يصح منه الكفارة. ثم اعلم أن الكفارة تجب الظهار والعود لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣] والعود عند الشافعي أن يمسكها عقيب الظهار زوجة زماناً يمكنه فيه إرسالها فلا يفعل، فإذا ظاهر الكافر عن زوجته نظر، فإن عاد لزمته الكفارة، وإن أتبع الظهار طلاقاً فلا كفارة؛ لأنه لم يحصل العود، وإن لم يطلق ولكن أسلم أحدهما [١٢٦/أ] فلا يخلو إما أن تسلم هي أو يسلم هو؛ فإن أسلمت فلا فصل بين أن يكون كتابياً أو وثنياً؛ لأنه لا يجوز لها أن تقيم تحت كافر. ثم ينظر فإن كان إسلامها قبل الدخول عقيب الظهار لا يكون عابداً؛ لأنه لا يمكنه طلاقها عقيب الظهار، فإنها تبين بإسلامها عقيب الظهار كما

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤١٢).

تبين بالطلاق عقيب الظهار. ولو طلق عقيب الظهار وأسلمت عقيبه وافق إسلامها زمان الطلاق، فمنع ذاك نفوذ الطلاق؛ لأنه صادف زمان البينونة، كما لو قال: إن شئت فأنت طالق فمات لا يقع الطلاق، وإن كان إسلامها بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة، ولا يكون عائدا؛ لأنهما جارية إلي بينونة، فإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا كلام، وإن أسلم قبل انقضائها اجتمعا على النكاح، وهل يكون عائداً بالإسلام أو بالإمساك بعده مع قدرته على الطلاق؟ اختلف أصحابنا فيه. فقال ابن أبي هريرة: لا يصير عائداً إلا بالإمساك بعده. قال: ونص الشافعي على أن الرجعة عود دون الإسلام، فقال: «إذا ظاهر من امرأته وارتد، ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فحسبما قدر ما يمكنه الطلاق لزمته الكفارة، فشرط ذلك الإمساك بعد الإسلام، وفرق بينهما بأن القصد من الإسلام الدين دون استباحة الفرج، فلم يكن عائداً، وليس كذلك الرجعة، فإن المقصود منها استباحة الفرج، فكان عائداً بها.

ومن أصحابنا من قال: يصير عائداً بنفس الإسلام كما بالرجعة والأول أصح. وقال القاضي الطبري: رأيت في البويطي يقول: فإن رجع في العدة فالكفارة لازمة فجعل الرجوع عود، وإن أسلم الزوج عقيب الظهار لم تخل المرأة من أحد أمرين؛ إما أن تكون كتابية أو لا تكون، فإن كانت كتابية فهما على الزوجية، ولكنه قد عاد لأنه أمكنه الطلاق [١٢٦/ب] عقيب الظهار فلم يفعل، وإن لم تكن كتابية نظر، فإن كان قبل الدخول بها بانت في الحال ولم يكن عائداً، وإن كان بعد الدخول لم يكن عائداً؛ لأنه أجراها إلى البينونة كما لو طلقها، فإن أسلمت لم يكن إسلامها عوداً منه؛ لأن إسلامها اجتماع على الزوجية لا من جهته، ولكن متى أمسكها عقيب إسلامها مدة يمكنه طلاقها فهو عود، وهكذا إذا ظاهر مسلم من امرأته المسلمة فارتد الزوج عقيبه أو ارتدت المرأة لا فرق بينهما.

مسألة: قال[(١)]: «أوفىٰ مدةٍ يمكنهُ رجعتَها».

يصح الظهار من الرجعية؛ لأنه يصح طلاقها ولا يكون عائداً؛ لأنها جارية إلى بينونة، ثم إذا راجعها يصير عائداً وتلزمه الكفارة، ونفس الرجعة عود، وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: «مراجعته إياها بعد الطلاق أكثر من حبسها بعد الظهار». وقال بعض أصحابنا: فيه قولان؛ أحدهما قاله في «الأم»، وهو ما ذكرناه. والثاني: قاله في «الإملاء» لا يكون نفسها عوداً؛ لأن العود إمساكها بعد ردها، فأما الرجعة نفسها رد الإمساك ما كان بعد الرد، فإذا قلنا بالأول فإن طلقها عقيب الرجعة لم تسقط الكفارة، وإذا قلنا بالثاني تسقط الكفارة، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة ثم تزوج بها هل يعود الظهار؟ فيه ثلاثة أقوال ذكرناها في كتاب النكاح.

فإذا قلنا: يعود فنفس النكاح هل يكون عوداً على هذين القولين يخرجا. قال

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٥).

المزني: ينبغي أن يكون معنى قوله في التي يملك زوجها رجعتها أن ذلك يلزمه إذا راجعها؛ لأنه يقول: لو تطهر منها ثم أتبع الظهار طلاقاً يمكن فيه الرجعة لم يكن فيه كفارة، وكذا قال: إذا طلقها ثلاثاً، وقد جمع الشافعي بينهما حيث يلزمان وحيث يسقطان. واختلف أصحابنا في مراده، فقال البغداديون: أراد به الظهار في عدة الرجعية لا يكون ظهاراً إلا بعد المراجعة؛ لأنه لم يكن عائداً إلا بعد [١٢٧/أ] الرجعة لا يكون مظاهراً إلا بعد أن يمسكها غير محرمة وهي محرمة. وقال البصريون: بل توهم المزني أن الشافعي حين جعله عائداً فيها فتكلم عليه، وهذا وقف على الشافعي وليس بمخالفة له، والحكم على ما ذكره على ما بينا.

مسألة: قال(١): «ولو تظاهرَ مِنْ امرأتِهِ وهي أمةٌ ثمَّ اشتراهَا».

الفصل

إذا تظاهر من زوجته الأمة صح ظهاره؛ لأنه يصح طلاقها على ما ذكرنا، فلو اشتراها بعد ذلك نظر، فإن اشتراها بعد العود لزمته الكفارة وإن انفسخ النكاح، ولا يحل له وطئها بملك اليمين حتى يكفر؛ لأن الفرج قد حرم عليه بالظهار فلا ترتفع إلا بالتكفير، وهذا يدل على أن المطلقة ثلاثاً إذا اشتراها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وقد ذكرنا فيه وجهاً عن أصحابنا، وهو غير صحيح. ولو أعتقها عن هذه الكفارة أجزأه، وإذا تزوج بها بعد ذلك حلت له، ولا يمنع أن تجزأ عن الكفارة، وإن كانت الكفارة وجبت بسببها، كما لو قال: إن ملكت أمة فلله عليّ أن أعتق رقبه، فمسك أمة ثم أعتقها عن نذره أجزأه. ولو كان اشتراها عقيب الظهار من غير فصل بأن كان سيدها حاضراً فقال عقيب الظهار له: بعنيها بكذا، فقال: بعتكها انفسخ النكاح، وهل صار عائداً؟ فيه وجهان: أحدهما: قاله أبو إسحاق وابن أبي هريرة: لم يصير عائداً؛ لأنه قد أبطل النكاح عقيبه فلم تلزمه الكفارة، وكان له وطئها بملك اليمين، قالا: وقول الشافعي: «لا يقربها حتى يكفر أراد إذا اشتراها بعد زمان، ألا ترى أنه قال: «لأنها لزمته وهي زوجة». قال القفال: وكذا لو اشتغل بأسباب الشراء من المساومة والمماسكة إلى أن تم الشراء بينهما. والثاني: لا يصير عائداً به؛ لأنه كان يمكنه تحريمها بالطلاق، فاشتغل بقوله: «بعنيها» وذلك غير محرم لها، وإنما هو طلب النقل من إباحة إلى إباحة وإمساك بالشراء، فصار عائداً. [١٢٧/ب] والأول أصح. وفيه وجه ثالث ذكره صاحب «الحاوي» أنه ينظر، فإن ابتدأ الزوج بالطلب فقال لمالكها: بعني لم يكن عائداً؛ لأنه شرع عقيب ظهاره فيما يرفع الزوجية كما لو شرع في الطلاق. وإن ابتدأ المالك عقيب ظهاره بالبذل فقال: بعتك، فقال الزوج: قبلت صار عائداً؛ لأن بذل المالك غير منسوب إلى فعل الزوج، فصار الزوج في زمان البذل

---

(١) انظر الأم (٤/١١٦).

ممسكاً عن رفع الزوجية وما يعقب البذل من قبول الدافع للزوجية كان بعد مضي زمان العود، فلذلك صار عائداً ووجبت الكفارة، فإذا قلنا بقول أبي إسحاق لو أعتقها وتزوج هل يعود حكم الإظهار؟ ينبني ذلك على ما ذكرناه من الطريقين لأصحابنا في عود النكاح بعد الفسخ هل يجري مجرى عوده بعد البينونة بالثلاث أو بما دون الثلاث؟ ومتى قلنا يعود حكم الظهار هل يصير عائداً بنفس العقد أو بمضي زمان يمكن فيه الطلاق على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قال[(١)]: «ولا يلزمُ المغلوبَ على فعلِه إلَّا مِنْ سكرٍ. وقالَ فِي «القديمِ»: في ظهارِ السكرانِ قولان: أحدهمَا: يلزمُه والآخرُ لا يلزمُه. قال المزنَي: يلزمُهُ وأشبه بأقاويله ولا يلزمهُ أشبهِ بالحقِ».

منصوص الشافعي رحمه الله تعالى في كتبه الجديدة والقديمة أن طلاق السكران وظهاره صحيحان، والمزني نقله فيما نقله عن بعض كتبه الجديدة في الظهار، ولا فرق بين الظهار والطلاق، وقد ذكرنا فيها قولين وشرحنا ما قيل فيه، فإذا قلنا: يصحان، فإن كان له تمييز فهما يصحان في الظاهر والباطن، وإن لم يكن له تمييز بحالٍ، قال ابن سريج، وأبو إسحاق: يصحان في الباطن والظاهر أيضاً؛ لأنّا نغلظ عليه بسكره فيوقعها. ومن أصحابنا من قال: لا يصح في الباطن؛ لأنّا لا نقبل قوله أنه لم يكن له تمييز، ولو أخبرنا بذلك الصادق [١٢٨/أ] نحكم أنه لا يصح ثم اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: أحكامه أحكام الصاحي في جميع الحوادث سواء كان عليه أوله أو بعضه له وبعضه عليه، فطلاقه، وظهاره، ورجعته، ونكاحه، وإقراره، وعقوده كلها صحيحة لازمة، وكذلك إسلامه وردته، ونص الشافعي في البويطي على أن إسلامه صحيح فقال فيه: «فإن أسلم السكران جاز إسلامه، وأقبله إن لم يسلم إذا أفاق» قال هذا القائل: وقول الشافعي: «إذا ارتد السكران لم أستتبه في حال سكره» أخر استتابته؛ لأنه في حال الصحو أقرب إلى زوال الشبه عنه، وإفهام الدلائل إياه، والسكران تعارضه الشبه وتخفى عليه الدلائل ووضح الحق، ولم يقل ذلك؛ لأن إسلامه في حال السكر لا يصح، وهذا مذهب أبي إسحاق. وقال أبو عبد الله الختن في «شرح التلخيص»: يصح من قول السكران كل ما كان عليه، ولا يصح ماله والبيع بجميع ماله وعليه، ولا ينفرد أحد طرفيه عن الآخر، فوجب إبطال الطرفين، وكذلك حكم عقوده كلها، ثم إقراره فيما يلزمه في بدنه على ضربين؛ أحدهما: لحق الآدمي فيلزمه، والثاني: لحق الله تعالى من قبل الردة، وحد الزنا، وما في معنى ذلك فلا يقام عليه حتى يفيق؛ لأن توبته من ردته لا تصح في سكره، إذ هي له وما لزمه من حد الله تعالى، فرجوعه أن يرجع عنه بقول: ولا يصح في حال سكره أيضاً؛ لأنه له فوجب التأني به إلي أن يصح منه الرجوع بعد الإفاقة.

---

(١) انظر الأم (٤/١١٦).

قال: رأيت ابن أبي هريرة يقول: لا تصح توبته في حال سكره من الردة. ومن قال بهذا قال: قول الشافعي: «إسلامه صحيح». أراد به من الكفر الأصلي فإن ذلك الإسلام عليه، فأما إسلامه من الردة فهم له فلم يصح، وهذه الطريقة حسنة ولكنها مخالفة لنص الشافعي [١٢٨/ب] لأنه صحح إسلام الوثني في حال سكره، ونحن نعلم أن إسلامه يدرأ القتل عنه ويخفف عنه أحكام كثيرة. ثم إن المزني اختار أنه لا يصح طلاقه ولا ظهاره. واحتج بأن الطلاق عند الشافعي لا يجوز إلا من أهل القصد والإرادة، ولا طلاق عنده على مكره لارتفاع إرادته، فالسكران الذي يعقل كالنائم. ثم ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: لأنه أدخل ذلك علي نفسه. قلنا: وإن أدخله على نفسه فهو في معنى ما أدخله عليه غيره من ذهاب عقله وارتفاع إرادته، ولو افترق حكمهما باختلاف السبب لاختلاف حكم من يجب بسبب نفسه أو بسبب غيره، فيجوز بذلك طلاق بعض المجانين.

وهذا الفصل غير مسلم للمزني؛ لأن أصحابنا قالوا: إذا قصد إزالة عقله بدواء فحكمه حكم السكران، فإن تداوى من مرض بدواء لا يعلم أن العقل يزول فحكمه حكم المجنون. ومن أصحابنا من مسلم هذا، وعلل بأنه لا تميل النفس إلى مثله فلا يحتاج إلى رادع. وذكر المزني في «المنثور» عن الشافعي أن رجلاً لو نطح رجلاً فانقلب دماغ الناطح والمنطوح، ثم طلقا امرأتيهما لا يقع طلاقهما، فسوى بين الناطح والمنطوح،وإن كان الناطح عاصياً دون المنطوح لما ذكرنا أنه لا تميل النفس إلى مثله وليس كا لمكره؛ لأنه أكره على اللفظ بغير حق بخلاف هذا وليس كالنائم؛ لأنه غير عاصٍ بما أزال عقله بخلاف هذا. ثم الزم نفسه سؤالاً آخر فقال: فإن قيل: ففرض الصلاة يلزم السكران دون المجنون قيل: وكذلك فرض الصلاة يلزم النائم، فهل يجيز طلاق النوم لوجوب فرض الصلاة عليه وقد بينا الفرق بينه وبين النائم، واحتج بأن الله تعالى قال: ﴿لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ [١٢٩/أ] حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فلم يكن له صلاة حتى يعلمها ويريدها، وكذلك لا طلاق حتى يعلمه ويريده: فقال له: أليس أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على أن قذفه قذف في قصة المشهورة حين قال علي رضي الله عنه: إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، أرى أن يبلغ به حد المفترين، فلم يقل أحد منهم أنه لو افترى لم يلزم بالغربة حداً كما لا يلزم المجنون بها حداً، وإذا ثبت إجماعهم في لفظ واحد من ألفاظه فكذلك في غيره، وإنما لا تصح الصلاة منه في حال سكره؛ لأنه لا يتمكن من فعلها ومباشرة أركانها. ثم احتج بأن قول عثمان، وابن عمر، وعمر بن عبد العزيز، ويحيى بن سعيد، والليث بن سعد وغيرهم، فقال له: أما التابعون فلا حجة لك في قولهم، وأما عثمان، وابن عمر فأغلب الظنون أنهما كانا في تلك المشورة، فرأيهما في الجماعة أولى من رأيهما في الفرقة، وإن كانا غائبين عن المشورة فقول الأكثرين أولى. واحتج بفصل الردة، فقال: قال الشافعي: «وإذا ارتد سكران لا يستتاب في حال

سكره»، وفي هذا دليل على أنه لا حكم لقوله: «لا أتوب»؛ لأنه لا يعقل ما يقول، فكذلك هو في الطلاق والظهار لا يعقل ما يقول. قيل له: ألست وافقتنا على صحته ردته في حال سكره كان دمه هدراً، وهذا مما لا يختلف فيه نص الشافعي رضي الله عنه، وكذلك قذفه. وإذا قتل في السكر قبلاً يوجب القصاص لزمه العود ولم يختلف النص فيه، وقد ذكرنا ما قيل في الاستتابة أنه أراد استحباباً. وأما حد السكران قد ذكرنا فيما تقدم، وقيل: إن الشافعي قال: «هو من غرب عنه بعض عقله، فكان مرة يعقل ومرة لا يعقل». وقال الأوزاعي: هو من لا يميز ردائه من أردية الحر. [١٢٩/ب].

مسألة: قال[(١)]: «ولو تظاهرَ منها ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فهو متظاهر ولا إيلاء عليه».

وإذا تظاهر من امرأته ولم يفارقها، قد ذكرنا أنه صار عائداً وهي حرام عليه حتى يكفر، فإن تركها ولم يكفر حتى مضت أربعة أشهر لم يكن مولياً ولا يطالب بالفيئة أو الطلاق، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، وقال مالك رحمه الله: يصير مولياً؛ لأنه منع نفسه من وطئها بقوله: «فكان مولياً»، وهذا غلط؛ لأن الظهار لفظ يتعلق به التحريم فلا يصير به مولياً كالطلاق، ولأنه لا يلزمه بوطئها شيء فلم يكن مولياً، كما لو أحرم أو اعتكف. واحتج الشافعي رحمه الله عليه بأن الظهار والإيلاء أصلان متباينان لأن المظاهر بعد الظهار مطيع لله بترك الجماع عاص له لو جامع قبل أن يكفر، والمولى عاص بالامتناع من الجماع، فكيف يصير المتظهر مولياً بالظهار، ولو جاز ذلك لجاز أن يصير المولى متظاهراً بالإيلاء، ولكن هذه أصول لا يدخل بعضها في بعض، وفي هذا اللفظ الذي نقله المزني إشكال؛ لأنه قال: وعاصٍ بالإيلاء، وليس مراده أنه غير عاصٍ بالظهار، وكيف لا يكون عاصياً وقد قال تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ﴾ [المجادلة: ٢١]، ولكن مراد الشافعي ما ذكرنا أنه عاصٍ بالامتناع عن الجماع في الإيلاء بخلاف الظهار. ثم قال الشافعي رحمة الله عليه: «وسواء كان مضاراً بترك الكفارة أو غير مضار، إلا أنه يأثم بالضرار كما يأثم إذا آلى منها أقل من أربعة أشهر يريد ضراراً ولا يحكم عليه بحكم الإيلاء». وقيل: مذهب مالك أنه يكون إيلاء إذا قصد به الضرار، وإن لم يقصد ذلك لا يكون مولياً.

مسألة: قال[(٢)]: «ولو تظاهرَ يريدُ طلاقاً [١٣٠/أ] كانَ ظهاراً».

إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي ونوى به الطلاق كان ظهاراً، ولو قال: أنت طالق يريد به الظهار كان طلاقاً؛ لأن كل واحد منهما صريح في بابه في جنس واحد، فلا ينصرف بالنية إلى غيره. وقوله: «وهذه أصول»: أي كل واحد منها يخالف الأصول الأخر لفظاً ومعنى، فلا يكون الظهار إيلاء، ولا الإيلاء ظهارا، ولا الطلاق ظهاراً ولا

---

(١) انظر الأم (٤/١١٨).

(٢) انظر الأم (٤/١١٩).

إيلاء. وحكي عن مالك أنه قال: يصح الظهار بلفظ الإيلاء والإيلاء بلفظ الظهار، وهو غير مشهور. فإن قيل: أليس قوله: أنت عليّ حرام صريح في إيجاب الكفارة، ثم لو نوي به الطلاق أو الظهار صح. قلنا: هل تجب الكفارة بإطلاقه؟ ذكرنا قولين ولئن سلما فلا نقول إنه صريح في شيء، والكفارة تلزمه لما ذكرنا من قبل.

مسألة: قال(١): «ولا ظهارَ مِن أمَةٍ ولا أمِّ ولدٍ».

لا يصح الظهار إلا من الزوجات، فأما من الإماء وأمهات الأولاد لا يصح، وبه قال ابن عمر، وعبد الله بن عمرو، والأوزاعي، وأبو حنيفة، وأحمد، وإسحاق رحمهم الله. وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل أمة مباحة له، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، واحتجوا بأنه فرج محلل له فصح منه ظهارة كالزوجة، وهذا الظاهر الآية ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] ونساؤنا أزواجنا، كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، قال الشافعي رحمة الله عليه: ولو لزمها واحد من هذه الأحكام لزمها كلها، ولأنه لفظ يتعلق به تحريم الزوجية فلا يعمل من الأمة كالطلاق، ويؤكده أن الظهار كان طلاق الجاهلية، ونسخ حكمه دون محله. [١٣٠/ب]

باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون

مسألة: قال(٢): «والظهارُ أنْ يقولَ الرجلُ لامرأتِهِ: أنتِ عليَّ كظهرِ أميِّ».

الفصل

الظهار الذي ورد به الشرع أن يشبه جملتها بظهر أمه فيقول: أنت عليَّ كظهر أمي ولا فصل بين قوله: عليَّ، ومعي، وعندي، ومني؛ لأن هذه الحروف أدوات يقوم بعضها مقام بعض. وكذلك لو قال بدل قوله: أنت، بدنك أو جسمك، أو ذاتك، أو كلك، أو جملتك عليَّ كظهر أمي. ولو قال: أنت كظهر أمي، قال القفال: كان ظاهراً كما لو قال: أنت طالق كان طلاقاً وإن لم يقل مني. وقال الداركي: لا يكون ظهاراً لأنه ليس فيه ما يدل على أن ذلك في حقه بخلاف قوله: أنت طالق؛ لأن الطلاق من جنس الزوجية والجنس له دون غيره.

مسألة: قال(٣): «ولو قالَ: فرجكِ، أو رأسكِ، أو ظهركِ، أو جلدكِ، أو يديكِ، أو رجليكِ عليَّ كظهرِ أميِّ كانَ ظهاراً، ولو قال: كبدنِ أميِّ أو كرأسِ أميِّ كانَ ظهاراً».

نص الشافعي رضي الله عنه على أنه إذا شبه عضواً منها بظهر أمه كان ظهاراً، وإذا شبهها بعضوٍ من أعضاء أمه كان ظهاراً. قال أصحابنا: وكذلك إذا شبه عضواً منها

(١) انظر الأم (٤/ ١١٩).
(٢) انظر الأم (٤/ ١١٩).
(٣) انظر الأم (٤/ ١١٩).

بعضو من أمه، كأنه قال: رأسك عليَّ كرأس أمي أو كفرج أمي أو كيد أمي. وبه قال مالك وأحمد، ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر في «القديم» أنه لا ظهار إلا أن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي؛ لأن هذا اللفظ هو المعهود في الجاهلية، وكان طلاقاً فغير الله حكمه، فعلى هذا حصول قولين، وقيل: لم يقل [١٣١/أ] الشافعي في القديم أكثر من أن الظهار الذي ورده القرآن: أنت عليَّ كظهر أمي، فإن قال: أنت عليَّ كظهر امرأة محرمة سوى الأم فيه قولان؛ فقال أصحابنا: فهذا يدل على أن في مسألتنا أيضاً قولين، ونص في القديم على أنه لو قال لها: رأسك أو بطنك أو فرجك أو رجلك عليَّ كظهر أمي كان ظهاراً، وليس كما لو شبهها بغير الأم في قول؛ لأن الأم أغلظ المحرمات والأعضاء كلها في الحرمة سواء، فعلى هذا المسألة على قول واحد. وقال أبو إسحاق: فيه وجه ثالث: ما كان من أعضاء الأم مخصوصاً بالكرامة والتعظيم كالرأس والثدي لم يكن مظاهراً في التشبيه به، وفي غير ذلك يكون مظاهراً، فإذا قلنا بهذا هل يكون كناية في الظهار حتى يصير مظاهراً بالنية؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق يكون كناية؛ لأن النية كالعرف. والثاني: وهو ظاهر قول أبي هريرة، لا يكون كناية ولا يكون ظهاراً، وإن نواه كما لا يكون التشبيه بغير أمه كناية ولا يكون ظهاراً، وإن نواه تعليلاً بالعرف. وقال أبو حنيفة: إن شبهها بعضو يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ ونحو ذلك كان متظاهراً، وإن كان لا يحرم النظر إليه من الأم كالرأس والوجه لم يكن متظاهراً، وقال: لو شبه يدها بيدها أو يدها بجملتها لا يكون ظهاراً، كما قال في الطلاق، وهذا غلط؛ لأنه شبه زوجته بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها.

فرع

لو قال: إنت على كنفس أمي فيه وجهان؛ أحدهما: يكون صريحاً في الظهار؛ لأنه يعبر به عن الذات كالبدن. والثاني: يكون كناية ولا يصير ظهاراً إلا بالنية؛ [١٣١/ب] لأنه يحتمل أن يريد به الكرامة والتعظيم.

فرع آخر

لو قال: أنت عليَّ كزوج أمي فيه ثلاث أوجه: أحدها: يكون صريحاً في الظهار كالبدن؛ لأن البدن لا يقوم إلا بالروح ولا يستمتع بالبدن إلا مع الروح لجري ذلك مجرى تشبيهها بالبدن، وهو اختيار الداركي. والثاني: أنه كناية لما فيه من الاحتمال. والثالث: لا يكون صريحاً ولا كناية؛ لأن الروح ليست من الأعيان المرئية التي يتعلق بها حظراً وإباحة، وهو اختيار ابن أبي هريرة.

فرع آخر

لو قال: ما فِي بطنكِ عليَّ كظهرِ أميَّ كانَ مظاهراً. ولو قال: حملكِ هكذَا لم يكن مظاهراً.

مسألة: قال[1]: «ولو قال: أَنْتِ عليّ كَأُمي أَو مِثل أُمِّي».

الفصل

إذا قال: أنت علي كأمي أو مثل أمي أو أنت أمي، فإن أراد في الكرامة والتوقير والشفعة فلا ظهار، وإن أراد في التحريم كان ظهاراً، وإن أطلق لا يكون شيئاً، لأنه كلام يحتمل، وبه قال أبو حنيفة. وقال القفال: وعلى هذا لو قال: أنت علي كعين أبي أو روح أمي أو كرأس أمي، وقال: أردت به الكرامة قُبل، لأن تقديره أنت أعز علي من عين أمي. وقال مالك، وأحمد، ومحمد بن الحسين: يكون مظاهراً بما ذكرنا ولا يقبل منه أنه أراد به الكرامة، واحتجوا بأنه شبه امرأته بأمه فأشبه إذا شبهها بعضو من أعضائها وهذا غلط، لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم، ولا يحمل على التحريم إلا بالنية ويخالف الأصل، لأنه لا يستعمل من الكرامة، ولا يقبل منه إذا قال: أردت الكرامة.

مسألة: قال[2]: «ولو قال: أنتِ عليَّ كظهرِ امرأةٍ محرمةٍ من نسبٍ أو رضاعٍ».

لم يرد به أن لفظ الظهار هكذا ولكن أراد [١٣٢/أ] أن يشبهها بامرأة محرمة عليه من نسب أو رضاع كان كالتشبيه بالأم، وجملته أن النساء المحرمات على ثلاثة أضرب: ضرب يصير به مظاهراً كالأم، وكذا الجدة من قبل الأب أو من قبل الأم؛ لأنها في معنى الأم اسماً وحالاً وتحريماً. وإذا شبهها بالجدة هل يكون مظاهراً بالنص أو بالقياس على النص؟ وجهان؛ أحدهما: النص لأن الجدة تسمى أماً. والثاني: بالقياس على النص لما فيها من الولادة. وضرب لا يصير به مظاهراً، وهو كل امرأة كانت حلالاً له ثم حرمت عليه، ثم حليلة ابنه، وامرأة أبيه التي تزوج بها بعد ولادته، والصبية التي كانت حلالاً ثم أرضعت فحرمت عليه، والمطلقة ثلاثاً، وأخت زوجته أو عمتها أو خالتها، وهؤلاء غير محرمة على التأبيد، ولو شبهها بالملاعنة لم يكن مظاهراً وإن كانت محرمة على التأبيد لأنها لم تحرم بوصله بينه وبينها، بل حرمت بفرقة موصوفة، ولأنها كانت حلالاً له في وقت.

وقال مالك وأحمد: يكون به مظاهراً؛ لأنه شبه امرأته بمن لا تحل له على التأبيد، كما لو شبهها بالمحرمة وهذا غلط؛ لأن هذه المرأة كانت حلالاً، فإذا شبه زوجته بها احتمل أنه أراد الحالة التي كانت حلالاً له فيها فلم يكن مظاهراً، كما لو شبهها بالأجنبية. وقال بعض أصحاب مالك: إذا شبهها بظهر الأجنبية كان مظاهراً أيضاً، وإن شبهها بغير الظهر، فمنهم من يقول هو ظهار، ومنهم من يقول هو طلاق، وهذا غلط لأنها غير محرمة على التأبيد، فأشبه إذا شبهها بالمحرمة من زوجاته. وأما الطلاق فلا وجه له إلا أن ينويه فإنه كفاية، واحتج بأنه شبه فرجاً محللاً له بفرج محرم عليه، كما

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٠).

لو شبهها المحرمة، والجواب عنه الفرق بعلتنا. وضرب فيه قولان، وهو كل امرأة لم تزل محرمة عليه على التأبيد بالوصلة كذوات المحارم غير الأم من امرأة أبيه التي تزوج بها [١٣٢/ب] قبل الولادة، أو أخيه من الرضاعة التي أرضعت قبل ولادته، والعمة، والخالة، والابنة وغيرها. قال الشافعي في «الجديد»: يصير مظاهراً به وهو الصحيح، واختاره المزني؛ لأنه شبه زوجته بامرأة لم تحل له بحال الوصلة، فأشبه إذا شبهها بالأم. وقال في «القديم»: لا يصير به مظاهراً؛ لأن الله تعالى نص على الأمهات، وهن الأصل في التحريم، وغيرهن فرع لهن ودونهن، فلا يحق بهن في حكم الظهار، وهذا لا يصح؛ لأن الله تعالى لما ذكر الظهار بين أنه قول منكر وزور، وهذا موجود في مسألتنا، فتعلق به الحكم، كما لو شبهها بالأم، ولأن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١]، فألحق الرضاع بالنسب. ومن أصحابنا من قال: في الأخت من الرضاعة التي كانت حلالاً له قول آخر؛ أنه يصير بالتشبيه بها مظاهراً؛ لأن المزني ذكر الأخت من الرضاعة وأطلق، ثم حكى قولاً آخر، فقال: وحفظي وحفظ غيري عنه أنه قال: لا يكون مظاهراً ممن كان حلالاً له في حال ثم حرمت، فحصل قولين، وهذا غير صحيح، وكان من حق المزني أن لا يطلق الجواب في الأول، بل كان ينبغي له أن يقسم حال الأخت من الرضاعة؛ لأنها ربما تكون حلالاً ثم تصير حراماً، وربما تكون حراماً ابتداءً وانتهاءً على ما ذكرنا، والمسألة على قولٍ واحدٍ في التي كانت حلالاً مرة أنه لا يصير مظاهراً. ومن أصحابنا من قال في الجدة قول آخر لا يصير مظاهراً؛ لأنها ليست بأم حقيقية وهذا ليس بشيء. وذكر الإمام الجويني صاحب «المنهاج» عن بعض أصحابنا أنه لو شبهها بظهر امرأة أبيه لا يكون مظاهراً بحالٍ، وإن لم تزل محرمة عليه بأن سبق عقدها ميلاده؛ لأنها محرمة عليه بالمصاهرة، والثاني اقتصر على ذكر النسب والرضاع دون المصاهرة، وهذا غريب. [١٣٣/أ]

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أبي، أو منك أبي، أو كأبي لا يكون مظاهراً. وقال أبو القاسم: إذا شبهها بظهر أبيه أو غلامه كان مظاهراً. وقال أحمد في رواية: إذا شبهها بالمحرمين من الرجال كان مظاهراً؛ لأنه شبهها بظهر ذي محرم منه كالأم، وهذا غلط؛ لأنه لا مدخل له في الاستمتاع، فأشبه إذا شبهها بالبهيمة.

فرع آخر

لو قال: أنت كظهر أبي وأمي كان مظاهراً. ولو قال: كظهر أبي أو كظهر أمي وعاد باللسان، ومنع من الوطء حتى يكفر.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٤٦)، ومسلم (١٤٤٤).

فرع آخر

لو قال: أنا عليك كظهر أمك كان كناية، فإن أراد ظهاراً كان ظهاراً، وإن لم يرد ظهاراً لا يكون ظهاراً، ويجري مجرى قوله: أنا منك طالق، فإنه كناية من الطلاق خلافاً لأبي حنيفة فيهما.

فرع آخر

ذكر الشافعي رحمه الله أنه لو قال بعد ظهاره: إن شاء الله فيه قولان[1]، واختلف فيه أصحابنا فقال بعضهم: هو محمول على الحكاية من غيره من الفقهاء كما في الطلاق. وقال بعضهم: تخريجه من الظهار صحيح، والفرق بينه وبين الطلاق أن جنس الطلاق مباح، فجاز أن يرتفع بالاستثناء، ومن قال بهذا قال: لو علق الظهار بشرط أو بصفة أو بأجل لا يتعلق ويقع ناجزاً، وهذا غريب.

فرع آخر

لو قال: أنت عليّ كظهر أمي إلا أن يشاء زيد ولم يعلم حاله كان مظاهراً.

فرع آخر

لو قال: أنا مظاهر منك كان مقراً بالظهار.

مسألة: قال[2]: «ويلزمُ الحنثَ بالظهارِ كما يلزمُ بالطلاقِ».

أراد به أن الظهار يصح تعليقه بصفة، مثل أن يقول لها: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي، أو إذا قدم زيد، أو إذا جاء رأس الشهر ونحو ذلك، فإذا وجد الشرط صار مظاهراً؛ [١٣٣/أ] لأنه تحريم من الزوجية للزوج رفعه، فجاز أن يتعلق بالصفات كالطلاق، وهذا لأن الظهار في معنى الطلاق، فكان طلاقاً في الجاهلية فورد الإسلام فيه بالكفارة، كما كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية فورد الإسلام فيه بضرب المدة.

فرع

لو قال لامرأتيه: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما عليّ كظهر أمي، فدخلتا معاً كلا الدارين كان مظاهراً منهما. وإن دخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين فيه وجهان.

مسألة: قال[3]: «ولو قالَ: إذا نكحتكِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أميِّ فنكحها لم يكنْ متظاهراً».

إذا قال لها: إذا نكحتك فأنت عليّ كظهر أمي لم ينعقد الظهار في الحال، وإذا نكحها لم يكن مظاهراً. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصير مظاهراً كما قال في الطلاق، وهذا لا يصح؛ لأن التحريم إنما يقع على من حلت له وهذه محرمة فلا معنى لتحريمها. قال الشافعي رحمة الله عليه: ويروي مثل ما قلت عن النبي ﷺ، ثم علي

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦١).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٠).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٤١).

وابن عباس رضي الله عنهما وهو القياس، ولم يرد به في الظهار خاصة؛ لأنه لا يحفظ في ذلك خبر، بل هو مروي في الطلاق قبل النكاح، حيث قال ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتاق قبل الملك»[1]، والكلام في الطلاق والظهار واحد، والقياس الذي ادعى ولم يذكره هو أن شاء الله ما لا خلاف فيه أنه لو قال لأجنبية: إذا جاء رأس الشهر فأنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوجها قبل رأس الشهر لا يصر مظاهراً؛ لأنه ظهار قبل النكاح، فكذلك إذا أضاف إلى النكاح لا يصير مظاهراً.

فرع

لو تزوجها على أنها عليه كظهر أمه بطل النكاح، وكذلك لو اشتري أمة بهذا الشرط بطل الشراء، ولو اشتري أخته [١٣٤/أ] بهذا الشرط صح الشراء.

مسألة: قال[2]: «ولو قالَ: أنتِ طالقٌ كظهرِ أميِّ يريدُ الظهارَ فهو طلاقٌ».

الفصل

من هذا أربع مسائل: إحداها: أن يقول ذلك ولا نية له فيقع الطلاق ولا ظهار؛ لأن الصريح فيه أن يقول: أنت علي أو مني أو معي، وهاهنا قال: أنت طالق كظهر أمي، فكأنه قال ابتداء كأمي.

والثانية: أن يقول: أردت الطلاق وتأكيده بمعنى أنها تحرم به كظهر أمي، فقبل قوله؛ لأن مثل هذا يجعل صفة له على سبيل التأكيد. لو قال: أردت الظهار مع لفظ الطلاق يكون طلاقاً فقط.

والثالثة أن يقول: نويت بالطلاق الطلاق وبالظهار الظهار. قلنا: وقع الطلاق، وأما الظهار نظر فيه، فإن كانت غير مدخول بها بانت ولم يلحقها الظهار، وإن كانت مدخولاً بها فهذه رجعية ظاهر منها زوجها فيصح، فمتى راجعها فقد عاد الظهار. وقال صاحب «المنهاج»: من قال هذا يلزمه أن يسوي بين أن يفهم إرادة الظهار إلى لفظ الطلاق وبين أن يضعها إلى لفظ الظهار، فيجعله مظاهراً في الحالين؛ لأنه إذا قال: أنت طالق ونوى ظهاراً وقع الطلاق لا محالة، فإذا عقبه بقوله كظهر أمي وهذا صريح في الظهار مستقل بنفسه من غير إرادة، وجب أن يصير مظاهراً وهذا غريب.

والرابعة: وهي مسألة الكتاب، أن يقول: نويت الظهار بكل كلامي، كأنه قال: عبرت عن الطلاق بالظهار. قلنا: سقط بما نويت وكان طلاقاً؛ لأن الطلاق صريح في التحريم في جنس فلا يكون كتابة فيهن على ما ذكرنا من قبل.

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي طالق يكون مظاهراً بقوله الأول. وأما قوله: طالق إذا

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٢٠) وصححه.

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢١).

نوى أنها تصير [١٣٤/ب] بما قدمه من الظهار كالمطلقة فلا تصير؛ لأن حكم الظهار مخالف لحكم الطلاق. وإن نوى أن يصير الظهار الذي قدمه طلاقاً يكون ظهاراً ولا يكون طلاقاً. وإن نوى به إيقاع الطلاق بعد الظهار يكون مظاهراً ومطلقاً ويمنع الطلاق من العود. وإن لم ينو به شيئاً ففي وقوع الطلاق به وجهان؛ أحدهما: لا يقع؛ لأنه مبتور اللفظ. والثاني: يقع؛ لأنه من صريح ألفاظه وقد تقدم من المواجهة ما إذا تلفظ بعده بالطلاق صار مضمراً فيه، فكأنه قال: أنت عليَّ كظهر أمي وأنت طالق. والفرق بين أن يؤخر الظهار فلا يكون مظاهراً مع عدم النية، وبين أن يؤخر الطلاق فيصير مطلقاً مع عدم النية، أن ما تركه بتأخر الطلاق حرفان؛ أحدهما: حرف المواجهة، وهو قوله: أنت. والثاني: حرف الالتزام، فجاز أن يكون حرف الالتزام مضمراً لعدم ذكره في الطلاق المتقدم.

فرع آخر

لو قال: أنتِ عليَّ كظهرِ أميَّ بلْ طالقٌ ثلاثاً كانَ مطلقاً.

مسألة: قال[(١)]: «ولو قال أنتِ عليَّ حرامٌ كظهرِ أميَّ يريدُ الطلاقَ فهو ظهارٌ».

جملته أن قوله: أنت عليَّ حرام كظهر أمي، يريد الطلاق، فإن أراد به الظهار كان ظهاراً، فإذا ثبت هذا فمتى قال: أنت عليَّ حرام كظهر أمي فيه خمس مسائل: إحديها: أن يقول ذلك ولا نية له، فهو ظهار نص في «الأم» و«البويطي» لمعنيين؛ أحدهما: أن قوله عليَّ حرام كناية في الظهار إذا اقترنت به النية كان ظهاراً، فإذا اقترن به صريح لفظ الظهار كان أقوى من النية فكان ظهاراً؛ لأنه إذا كان إطلاقه ظهاراً كانت النية تأكيداً. والثانية: أن يقول: نويت الطلاق بقول: أنت عليَّ حرام، قال في «الأم»: ونقله المزني [١٣٥/أ] في عامة نسخه: إنه طلاق، وبه قال عامة أصحابنا. وفي بعض نسخ كتاب المزني أنه ظهار، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن مطلق هذه الجملة صريح في الظهار، فإذا نوى بها الطلاق لم يكن طلاقاً، فقال بعض أصحابنا: فيه قولان؛ أحدهما: أنه طلاق، وبه قال أبو يوسف ومحمد، إلا أن أبا يوسف يقول: لا يقبل قوله في نفس الظهار، ووجه أن قوله: أنت عليَّ حرام مع نية الطلاق بمنزلة صريح الطلاق.

ولو قال: أنت طالق كظهر أمي كان طلاقاً، فكذلك الكناية مع النية. والثاني: أنه ظهار لما ذكرنا من العلة، والأول أصح، وما ذكره القائل الآخر لا يصح؛ لأن النية قارنت لفظ التحريم وسبقت لفظ الظهار، فكانت باللفظ أحق. ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً أنه طلاق وغيره تصحيف من الناقل أو غلط. وقال القفال: نقل المزني من المختصر أنه ظهار، ونقل في «الجامع الكبير» أنه طلاق، وهما على حالين لا على

(١) انظر الأم (٤/١٢١).

قولين، فإن أراد الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام صح. ثم الكلام في قوله: كظهر أمي على ما مضى في المسألة قبلها. وإن أراد الطلاق بقوله: كظهر أمي فهو ظهار لا غير؛ لأن بلفظ الظهار لا يقع الطلاق، وليس هو من كنايات الطلاق. والرابعة: أن يقول: نويت الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام، والظهار بقوله: كظهر أمي، يقع الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام، ويكون مظاهراً بقوله: كظهر أمي؛ لأنه أرادها معاً كما لو قال: أنت طالق كظهر أمي ونوى به كليهما، نص عليه في «البويطي» وقال فيه: لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي حرام ونوى به الطلاق لزمه الظهار، لأنه صريح به، وأضاف إليه كلمة صفة له، والفرق بينهما ظهار، ومن أصحابنا من قال: يكون مظاهراً اعتباراً بقوله: كظهر أمي، ويسقط قوله: أنت عليَّ حرام، وهذا متولد من الخلاف قبل هذه المسألة، فإن [١٣٥/ب] من أصحابنا من اعتبر هناك ما نواه دون ما نطق، وهو المذهب المنصوص. ومنهم من راعى النطق وألغى ما نواه، وهذا إذا كانت مدخولاً بها، فإن لم تكن مدخولاً بها بانت بالطلاق. ولا يصح الظهار إذا قلنا يقع الطلاق بقوله: أنت عليَّ حرام مع النية في هذه المسألة. والخامسة: أن يقول: نويت بقولي أنت عليَّ حرام تحريم العين الذي يوجب كفارة يمين، فهو على هذا الخلاف، فإن اعتبرنا النية وجب كفارة يمين وسقط قوله: كظهر أمي. قال أبو حامد: وهو المذهب، وإن اعتبرنا النطق سقط ما نواه ويلزم الظها، ولأنه قصد التحريم ووصفه بما يوجب الكفارة العظمى، فلا يقبل قوله في إسقاطها إلى الكفارة الصغرى.

فرع

قال ابن الحداد: لو قال لها: أنت عليَّ حرام، ثم قال: أردت به الطلاق والظهار، قيل له: اِختر أيهما شئت، فإن اللفظة الواحدة لا تكون طلاقاً وظهاراً. وقال بعض أصحابنا: يكون طلاقاً؛ لأنه بدأ بذكره، فكأنه يلزمه من ذلك ما يبدأ به ومن نصر القول الأول، قال: الاعتبار بجميع لفظه، ألا ترى أنه لو قال: طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى، وله أن يعين فيمن شاء كما لو طلق إحدى امرأتيه.

فرع آخر

قال في «البويطي»: قد قيل: من صرح بالطلاق والظهار والعتق ولم يكن له نية في ذلك لا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى طلاق ولا ظهار ولا عتق ويلزم في الحكم. قال: وحجته في ذلك قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية» و«يرفع القلم عن ثلاثة»، وإجماع العلماء أن المجنون والنائم إذا تلفظ بصريح لفظ الطلاق لا يلزمه، [١٣٦/أ] ثم قال: وقال مالك: من طلق أو أعتق أو ظاهر بلا نية يلزم ذلك في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى. قال: والحجة في ذلك لمن ذهب إليه ما ذكر الله تعالى من إتلاف المؤمن خطأ، وما أجمع عليه العلماء أن من مال آدمي خطأ فذلك عليه وإن لم ينو، وذلك من حقوق الآدميين، وللمرأة حق في منعها نفسها، وللعبد حق في حريته، وللمالكين حق

في الظهار، ولم يعترض على أحدهما، فالظاهر أنه قصد تخريجه على قولين، وهذا غريب، حكاه القاضي الطبري.

مسألة: قال[١]: «ولو قالَ لأخرىٰ: قَدْ أشركتكَ معهَا».

الفصل

إذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة أخرى: أنت شريكتها أو أشركتك معها، أو أنت كهي، فإن ذلك كناية، فإن نوى الظهار به كان ظهاراً، وإن لم ينو شيئاً بل أطلق لم يكن شيئاً لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت شريكتها في الزوجية أو سوء الخلق. وقال مالك وأحمد: يكون ظهاراً وإن لم ينوِ؛ لأن حكم العطف حكم المعطوف عليه، وذلك يقتضي التشريك، فأشبه إذا جمعهما في لفظ الظهار، وهذا غلط لما ذكرنا، ويفارق إذا جمعهما؛ لأنه وجد فيهما صريح اللفظ بخلاف مسألتنا. وقال في «الحاوي» قال في «القديم»: يكون مظاهراً من الثانية، فقيل: هذا قول ثان، وقيل: هذا حكاية مذهب الغير، ومن أصحابنا من ذكر قولاً آخر أنه لا يصح التشريك في الظهار أصلاً، ذكره ابن أبي أحمد وصاحب «الإفصاح»، وهذا على قوله القديم الذي يعتبر فيه الصريح كاليمين.

فرع

لو قال: أنت عليَّ كظهر أمي إن شاء زيد، وإن شاء زيد فأنت عليَّ كظهر أمي، فشاء زيد انعقد ظهاره قولاً واحداً؛ لأنه علق الصفة وقد وجدت، ولو قال: إن شاء، قد ذكرنا حكمه.

مسألة: [١٣٦/ب] قال[٢]: «ولو تظاهرَ من أربعِ نسوةٍ له بكلمةٍ واحدةٍ، فقالَ في كتابِ «الظهارِ الجديدِ» وفِي «الإملاءِ» علىٰ مسائلِ مالكِ: إنَّ عليهِ في كلِ واحدةِ كفارةِ».

الفصل

إذا تظاهر من أربع نسوة له نظر، فإن أفرد كل واحدة بالظهار فعليه في حق كل واحدة كفارة بلا إشكال، وإن ظاهر منهن بكلمة واحدة فقال لهن: أنتنَّ عليَّ كظهر أمي، قال في «الأم» و«الإملاء» عليه في كل واحدة كفارة. وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح، لأن وحد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن، فوجب عليه لكل واحدة كفارة، ولأنه لو خاطبهن بالطلاق أوجبت الحرمة في كل واحدة، فكذلك إذا خاطبهن بالظهار أوجبت الحرمة. وإذا أوجبت الحرمة يتعدد تعدد الرافع، وهو الكفارة. وقال في «القديم»: يجزيه عن الكل كفارة واحدة. وبه قال مالك وأحمد، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه؛ لأن لفظ الظهار متحد والكفارة تمحو اللفظ، وادعى المزني أن

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٢١).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢١ ـ ١٢٢).

الشافعي رجع عن القول القديم إلى القول الجديد، والمسألة على قول واحد. وقال القفال: يمكن بناء القولين على أنه كالإملاء، أو كالطلاق، فإن جعلناه كالإملاء فكفارة واحدة، كما لو قال: والله لا أقربكن يكفي لهن كفارة واحدة إذا حنث. وإن قلنا: كالطلاق يلزمه أربع كفارات، ويمكن بناءهما أيضاً على أنه إذا تعددت اليمين واتحد الحنث هل يلزمه كفارة أو كفارات؟ وهو أن يقول: والله لا أكلم زيداً، ثم يقول: والله لا أكلم رجلاً ثم كلم زيداً؛ لأن هناك تعددت الأعيان واتحد الحنث، وهاهنا اتحد اللفظ ويتصور تعدد الصور المقرر للكفارة، وهذا البناء أبعد من الوجهين الأولين.

مسألة: قال(١): «ولو تظاهرَ منها مراراً يريدُ بكلِ واحدةٍ ظهاراً غيرَ الآخر [١٣٧/أ] قبلَ أن يكفرَّ فعليه بكلِّ ظهارٍ كفارةً».

إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة لا يخلو إما أن يكون متوالياً أو متفرقاً، فإن كان متوالياً نظر، فإن أراد بكل مرة الاستئناف كان عليه في كل مرة كفارة، كما عليه في لفظ تطليقه إذا كرر لفظ الطلاق وأراد الاستئناف، وإذا أراد التكرار على سبيل التأكيد يلزمه كفارة واحدة كما يكون في الطلاق تطليقة واحدة، ذكره في «الجديد». وعلى هذا إذا أطلق فيه قولان كما في الطلاق. قال أبو إسحاق: الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فجعل فيه كفارة، فكل لفظ كان حكمه أن يكون طلاقاً فالساعة حكمه الكفارة؛ لأن الكفارة أقيمت مقامه. وقال أبو حامد وصاحب «الحاوي»: المذهب في الظهار أنه إذا كرره وأطلق ولم ينوِ شيئاً يكفيه كفارة واحدة، والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يزيل الملك فهو أقوى من لفظ الظهار، لأنه يشعب الملك ولا يزيله، وهذا ضعيف، والصحيح ما تقدم، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، أنه لو قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي مائة مرة يلزمه مائة كفارة. وقال في «القديم»: تجب كفارة واحدة ويتداخل وإن أراد الاستئناف؛ لأنه لم بفد الثاني إلا ما أفاد الأول، والظهار يوجب تحريم فرجها حتى يكفر، فإذا لم يكفر ولم يحل الفرج لم يكن لإعادة اللفظ معنى، وإن لم يوال بين الألفاظ ل فرقها في الأيام. فإن أراد التأكيد كان تأكيداً كالمتوالي بخلاف الطلاق؛ لأن الطلاق مزيل للملك فروعي الولاء من تأكيده بخلاف الظهار.

ومن أصحابنا من قال: لا يجعل تأكيداً عند الفصل؛ لأنه أنشأ التحريم بخلاف الإيلاء لأنه تعليق قبل التأكيد وإن فصل. وقال القفال: فيه وجهان مبنيان [١٣٧/ب] على أنه يسلك مسلك الإيلاء أو الطلاق، وإن أراد الاستئناف كان استئنافاً، ثم إن كان الظهار الثاني بعد التكفير عن الأول يلزمه في الثاني كفارة، وإن كان قبل تكفيره فيه قولان. وإن أطلق، فإن كان بعد التكفير عن الأول حمل على الاستئناف وإن كان قبل التكفير من الأول فيه وجهان، أحدهما: يحمل على الاستئناف وفيما يلزمه من الكفارة قولان. والثاني: يحمل على التأكيد. فإن تقرر هذا فحيث جعلناه تأكيداً لو طلق عقيب

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٢).

الألفاظ المتوالية لم يصر عائداً في شيء ولم يلزمه كفارة، لأنه استعمل بما يؤكد الكلام الأول فلا يجعله مخالفاً فيه ولا راجعاً فيه، وإذا جعلناه استئنافاً فهل يكون استقالة بالكلمة الثانية عوداً في الكلمة الأولى عند الموالاة؟ وجهان ذكرهما القفال؛ أحدهما عود كما قلنا فيما لو ظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات، فلما استقل عن الظهار بالثانية صار عائداً في الأول، فعلى هذا لو أطلق عقيب الكلمات الأربعة مثلاً لزمته ثلاث كفارات في المرات الثلاث الأول ولا يلزمه في الرابعة شيء. والثاني: أنه مادام مشتغلاً بجنس الظهار، فهو غير عائد، فإذا طلق عقيب الكلمات الأربعة لم يلزمه كفارة، وإن لم يطلق لزمته الكفارات حينئذٍ.

ومن أصحابنا من قال: الظهار الثاني في زمان عوده من الظهار الأول فلا يكون مظاهراً في وقت العود كما لا يكون عائداً في وقت الظهار، فإذا كرر الظهار خمس مرات يصير الثاني عوداً، ويصير الثالث ظهاراً ثانياً، ويصير الرابع عوداً في الثاني الذي كان ثالثاً، ويصير الخامس ظهاراً ثالثاً وهذا خطأ؛ لأن العود بالزمان والظهار بالقول فلم يقع الفرق في معنى زمان العود بين أن يكون فيه ممسكاً أو متكلماً، ولم يقع الفرق [١٣٨/أ] ولم يقع الفرق في كلامه بين أن يكون ظهاراً أو خطاباً وعلى هذا يلزمه خمس كفارات إذا كرر خمس مرات، وعلى هذا الوجه الذي ذكرنا يلزمه ثلاث كفارات. واعلم أن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ قيد المسألة التي ذكرها بقوله: «قيل يكفر»، وهذا ليس بشرط في وجوب الكفارات ولكنه نص على أخص الحالتين تنبيهاً على الأظهر حتى إذا علمت وجوب الكفارات بهذه الألفاظ قيل يكفر لا يكاد يخفى عليك حكم المسألة إذا كرر بعد أن كفر.

مسألة: قال(١): «ولو قالَ: إذا تظاهرتُ من فلانةِ الأجنبيةِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أميَّ فتظاهرَ من الأجنبيةِ لَمْ يكنْ عليهِ ظهارٌ».

الفصل

أما إذا قال: إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم تظاهر من تلك يصير متظهراً من الأولى بالصفة ومن الثانية بالمباشرة، فإن عاد فيهما فعليه عن كل واحدة كفارة قولاً واحداً؛ لأنه ظاهر من إحديهما بغير ما ظاهر من الأخرى وأقل أحواله أن يكون تظاهر من كل واحدة منهما بلفظ مفرد. ولو قال: إن تظهرت من إحدى امرأتي فالأخرى عليَّ كظهر أمي ولم يعين بالقلب إحديهما فمن أيتهما تظاهر متظاهراً من الأخرى. وإن قال لزوجتيه: إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال للأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي لم يكن عليه ظهار في واحدة منهما؛ لأن الظهار من الأجنبية لا يصح، ومتى علق الظهار بالظهار اقتضى الظهار الشرعي كما

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٢).

إذا علق الطلاق بالبيع المطلق ليقتضي البيع الشرعي، فإن تزوج بها وظاهر منها صح الظهار من التي تزوج بها، وهل يكون مظاهراً من امرأته؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يكون مظاهراً؛ لأن الصفة لم توجد [١٣٨/ب] وهو الظهار من الأجنبية، فإنه إذا تزوج بها لم تكن أجنبية. ومنهم من قال: يصير مظاهراً؛ لأن الصفة مع التعيين إذا اجتمعا بتعلق الحكم بالتعيين دون الصفة، ومثل هذا إذا قال: والله لا آكل هذه الرطبة فصارت تمرة، أو قال: لا آكل لحم هذه السخلة فصارت كبشاً، هل يحنث؟ وجهان. ولو قال: إن تظاهرت من فلانة أجنبية فأنت عليَّ كظهر أمي فتزوج بها وظاهر منها كان مظاهراً منها ولا يكون مظاهراً من امرأته؛ لأن الصفة لم توجد، فإن قوله أجنبيةً بالنصب يقتضي أن تكون هذه الصفة حالاً لها في حال الظهار، فإنه نصب على الحال. وإن تظاهر منها وهي أجنبية لا يصير مظاهراً من امرأته؛ لأنه لا يصح منها الظهار.

وقال المزني: يصير مظاهراً لأنه لا يراد بذلك إلا اللفظ، وهذا غلط لما ذكرنا. ولو قال: أردت به من فلانة الأجنبية إن ظاهرت منها بعد الزوجية قبل منه ذلك، فإذا تزوج ها وظاهر كان مظاهراً منهما جميعاً. ولو قال: أردت به إن خاطبتها بلفظ الظهار فخاطبها كان أيضاً مظاهراً منهما جميعاً إن كان قد تزوج بها. وإن كانت أجنبية صار مظاهراً من امرأته. ولو قال: إن تظاهرت من فلانةٍ فأنت عليَّ كظهر أمي، وفلانة أجنبية ولكنه لم يقل أجنبية فإن تظاهر منها وهي أجنبية لم يصح منها ولا من زوجته، وإن تزوج بها فظاهر منها كان متظاهراً منهما قولاً واحداً، مثل أن قال: والله لا أدخل هذه الدار وهي في التقدير لزيد، فباعها زيد فدخلها حنث؛ لأنه علق اليمين بعينها فكذلك هاهنا.

باب ما يوجب على المتظهر كفارة

مسألة: قال[1]: «قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] [١٣٩/أ] قالَ: فالذِي عقلتُ ما سمعتُ في ﴿يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ أنهُ إذا أتَت علىٰ المتظاهرِ مدةً بعد القولِ بالظهارِ لم يحرمها بالطلاقِ الذِي تحرمُ بهِ وجبتْ عليهِ الكفارة».

الفصل

عندنا كفارة الظهار لا تلزم بنفس الظهار، بل تجب بشرطين؛ الظهار والعود، فالظهار معلوم والعود أن يمسكها عليه عقيب الظهار مدة يمكنه طلاقها فلا يفعل، فإذا تظاهر وعاد استقرت عليه الكفارة. وقال سفيان الثوري: كفارة الظهار تجب بنفس الظهار، ومعنى الآية: والذين يظاهرون من نسائهم في الجاهلية ثم يعودون إلى ما قالوا في الإسلام. وروي هذا عن مجاهد، وحكى ابن سماعة هذا عن أبي حنيفة رحمه الله،

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٣).

واحتجوا بأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢]، فيجب أن ينطق به بالكفارة دون الإمساك فإنه مباح. وقال داود وأهل الظاهر تجب بالظهار والعود، ولكن العود إعادة لفظ الظهار، فإذا كرر لفظ الظهار يصير بالثاني عائداً إلى ما قال، وهذا لأن العود مشتق من الإعادة. وقال مالك وأحمد: العود هو العزم على الوطيء، وهو رواية أخرى عن أبي حنيفة. وقيل: إنه قول للشافعي في القديم، وذكره ابن أبي أحمد، وهذا لأنه قصد باللفظ تحريمها، فإذا عزم على الوطيء فقد عاد فيما قصد.

وقال الحسن وطاوس والزهري: العود الوطيء، ويروى هذا عن مالك، لأنه حرم على نفسه الوطيء فالعود أن يطأ. وقال أبو حنيفة في الصحيح من الروايات عنه: كفارة الظهار لا تستقر في الذمة، بل هي شرط للاستباحة كالرجعة، فيقال له: إن أردت استباحة الوطيء تكفر، وإن لم ترد ذلك فلا تكفر، فإن وطيء قبل التكفير قلنا له: بئس ما فعلت ولا تعد إلى الوطيء حتى تكفر. واحتج بأن العود إنما يكون في مقوله دون قوله، ومقوله التحريم [١٣٩/ب] فالعود استباحتها، فمتى يريد الاستباحة يكفر، وهذا غلط؛ لأن قوله يقتضي تحريمها وإبانتها وزوال النكاح بينهما، فإذا أمسكها زوجة، خالف ما قاله وأحل ما حرمه، وهذا يسبق العزم على الوطيء، وكان هو الموجب للكفارة. فإن قيل: أليس قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾، وثم للمهلة والتراخي والإمساك يعقبه لفظ الظهار؟ قيل: لا يعقبه، بل يكون العود بمضي زمان يمكن فيه الطلاق فلا يطلق وهو متراخ. فإن قيل: ليس في خبر المستفتية عن ظهار زوجها أنها أخبرت بوجود العود. قيل: لما أخبرت بالظهار ولم تخبر بالطلاق دل ظهاره على عدم الطلاق وقد مضى ما بين لفظ الظهار إلى زمان الاستفتاء ساعات محتملة للتطليق، فاستغنى رسول الله ﷺ عن أن يسأل هل وجود هذا العود أم لا.

وأما ما ذكر سفيان الثوري لا يصح؛ لأن الله تعالى علق الكفارة بشرطين في الإسلام فلا يتعلق بأحدهما وهو الظاهر والعود بعده. وأما ما ذكره داود لا يصح؛ لأن النبي ﷺ أمر المظاهر بالتكفير ولم يسأل هل أعاد اللفظ أم لا، ولأنها كفارة تجب باللفظ والشرط فلا يكون ذلك الشرط إعادة اللفظ ككفارة الإيلاء، ولأنه لم يقل: ثم يعودون إلى ما قالوا، بل قال: «لما قالوا»، وهذا يقتضي العود فيه لا العود إليه. وأما ما ذكر مالك لا يصح؛ لأنها كفارة فلا تتعلق بالعزم على المخالفة ككفارة اليمين، ولأنه إذا احتمل اللفظ ما ذكرتم وما ذكرنا فما قلنا أولى؛ لأن الإمساك يضيق العزم. وأما ما ذكره الزهري لا يصح؛ لأن النبي ﷺ أوجب الكفارة على أوس بن الصامت ولم يسأل عن وجود الوطيء، ولأنه أمسكها على الزوجية بعد التحريم الظهار فأشبه إذا وطيء، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] فأوجبها قبل الوطيء. [١٤٠/أ] وأما ما ذكر أبو حنيفة لا يصح؛ لأنه أوجبها بالعود والظهار، وعنده يحصل العود بالكفارة وهو الاستباحة، ثم الاستباحة ليست من فعله فلا معنى

لشرطها في الكفارة، ولأنها كفارة تستقر في الذمة كسائر الكفارات.

مسألة: قال[(١)]: «ولو أمكنهُ أن يطلقَها فلم يفعلْ لزمتهُ الكفارةُ، وكذلكَ لو ماتَ أو ماتتْ».

قال الشافعي في «الأم»[(٢)]: «فإن تظاهر منها أو أمسكها مدة يمكنه طلاقها فلم يفعل فقد وجبت الكفارة، فإن طلقها لم تسقط الكفارة، وكذلك إن مات أو ماتت». والمزني نقل بعضه فقال: «ولو أمكنه أن يطلقها فلم يفعل لزمته الكفارة، وكذلك إن مات أو ماتت» وحذف قوله: «فإن طلقها لم تسقط الكفارة» من وسط الكلام و أبطل معناه؛ لأن معنى ما نقل أنه إذا أمسكها عقيب الظهار مدة مكنه طلاقها لزمته الكفارة، وكذلك لو لم يطلق ولكن مات أو ماتت، ولا خلاف بين أصحابنا أنه لو مات أو ماتت عقيب الظهار لم يكن عائداً ولا كفارة. نقل المزني العطف وترك المعطوف، فخرج منه هذا السهو. ومن أصحابنا من اعتقد له فقال: أراد المزني إن طلقهاعقيب الظهار فلا كفارة، وكذلك إن مات أو ماتت، وهذا فقه واضح ولكنه غير ما قاله الشافعي وغير ما نقله المزني. ثم اعلم أن مقصوده أنه لا تسقط الكفارة الواجبة بموته ولا بموتها خلافاً لأبي حنيفة فإنه قال: تسقط جميع الكفارات بالموت وهذا غلط، لأنها لزمته قبل موته فلا تسقط بموته. وقال مالك: إذا مات بعد العزم على الوطىء الذي هو العود عنده سقطت الكفارة بعد وجوبها، ولو ظاهر ثم عجز في الحال عن الطلاق واتصل عجزه بالموت لا يلزم الكفارة؛ لأنه لم يحصل العود.

مسألة: قال[(٣)]: «ومعنىٰ قولُ اللَّهِ تعالىٰ: [١٤٠/ب] ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ وقتَ لأن يؤدَى فيهِ مَا وجبتْ عليهِ قبلَ المماسةِ حتىٰ يكفرَّ».

الفصل

بين الشافعي أن وقت الكفارة قبل الوطىء، وأنها موسع الوقت، وأن تحريم الوطىء إلى أن يكفر عقوبة فيه مضمومة إلى الكفارة، ومن الحدود ما ضم إليه تغليظ آخر كضم النفي إلى الجلد في الزنا وضم التفسيق إلى الحد في القذف كذلك ها هنا.

مسألة: قال[(٤)]: «فإذا منعَ الجماعُ أحببتُ أن يمنعَ من القبلِ والتلذذِ احتياطاً».

الفصل

إذا عاد المظاهر يحرم عليه الوطىء حتى يكفر لقوله تعالي: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾، وأما غير الوطىء من القبلة واللمس بالشهوة والوطىء دون الفرج، قال في «الجديد» ونقله المزني: «أحببت أن يمتنع احتياطاً». وقال في «القديم»: رأيت أن يمنع ذلك». فقيل: فيه وجهان، وقيل: قول واحد أنه لا يحرم. وقوله في «القديم»: رأيت

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٥).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٢٤).
(٤) انظر الأم (٤/ ١٢٤).

أن يمنع» أراد احتياطاً واستحباباً، ووجه قوله القديم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية، وهو اختيار جماعة من أصحابنا، أن الله تعالى قال: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾، واسم المسيس يقع على الوطىء وما دونه، ولأنه لفظ يقع على التحريم في الزوجية فتحرم الدواعي كالطلاق، ووجه قوله الجديد وهو الأظهر أنه عارض في النكاح لا يزيل الملك بحال فلا تحرم الدواعي كالحيض والنفاس، أو وطىء محرم لا يتعلق به وجوب مال فأشبه ما ذكرنا.

مسألة: قال(١): «فإنْ مسَ لَمْ تبطلْ الكفارةُ».

المظاهر إذا وجبت عليه الكفارة يحرم عليه وطئها ما لم يكفر، ووقت أداء الكفارة ما لم يطأ، فإن وطأ خرج وقت أدائها وكان تحريم وطئها قائماً، ولا كفارة عليه بهذا الوطىء ولا يقربها مرة أخري حتى يكفر، ومتى كفر بعد الوطىء كان قضاء، كما تقول في الصلاة إذا صلاها في الوقت كان أداء، وإن صلاها بعد خروج الوقت [١٤١/أ] كانت قضاء. وقال سعيد بن جبير والزهري: تسقط عنه الكفارة؛ لأنها وجبت قبل المسيس وقد فات وقتها، وهذا غلط؛ لأن الثابت يقضي كصوم رمضان والصلاة. وقال عمرو بن العاص ومجاهد وعبد الرحمن بن مهدي: يلزمه بالوطىء كفارة أخرى، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا من خبر ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال للمظاهر بعد الوطىء: «اعتزلها» حتى يكفر ولم يوجب كفارة أخرى. وروى سلمة بن صخر البياضي أن النبي ﷺ قال في المظاهر يواقع قبل أن يكفر: «يكفيه كفارة واحدة».

مسألة: قال(٢): «ولو أصابهَا وكفرَّ بالصومِ لم ينتقضْ صومَه».

من وجبت عليه الكفارة كانت على الترتيب، فيلزمه عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً، فإن كان من أهل الصيام فدخل في الصوم ثم أكل أو جامع عمداً نهاراً بطل صومه وعليه أن يستأنف شهرين، وإن لم يبطل صومه بأن أكل أو جامع ناسياً أو مكرهاً لم يبطل صومه ولا شيء عليه، وكذلك إن وطىء ليلا لم يقدم ذلك في الصوم ومضى على الكفارة، ولكنه يمضي بذلك. وبه قال أبو يوسف وأحمد في رواية. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية: إذا وطىء المظاهر عنها كيفما كان في أثناء الصوم بطل صومه ناسياً كان أو عامداً، ليلاً كان أو نهاراً، ويلزم استئناف شهرين متتابعين. واحتجوا بأن الله تعالى قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ﴾ [المجادلة: ٤]، فأوجب شيئين؛ إخلاهما عن المسيس، وتقدمها عن المسيس، وقد عجز الآن عن تقدمها على المسيس ولم يعجز عن إخلاهما عن المسيس، فوجب عليه ما قدر وسقط ما عجز [١٤١/ب] وهذا غلط؛ لأنه وطىء لم يلق الصوم فلا يلق الصوم، كما لو وطىء غير المظاهرعنها ليلاً. وأما الآية فهي دليلنا؛ لأن المأمور بتقديم الشهرين على المسيس مأمور بتقديم كل واحد من الشهرين على

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٤).

المسيس، فإذا وطىء ليلاً بعد صوم شهر فقد قدم شهراً على المسيس فيصوم شهراً آخر بعده، وهو أحسن من أن يصوم شهرين بعد المسيس، وهذا لصلاة العصر مأمور بأدائها قبل الغروب، فأداء ركعتين منها قبل الغروب وركعتين بعدها أحسن من أدائها بعد الغروب.

مسألة: قال[١]: «ولو تظاهرَ فاتبعَ الظهارِ طلاقاً تحلُ فيهِ قبلَ زوجٍ».

الفصل

متى اتبع الظهار طلاقاً لم يكن عائداً بائناً كان أو رجعياً على ما ذكرنا. ولوطلقها عقيب الظهار ثم كفر بالمال قبل مراجعتها فيه وجهان.

مسألة: قال[٢]: «ولو تظاهرَ منها ثمَّ لاعنَها مكانهُ بلَا فصلٍ سقطَ الظهارُ».

اختلف أصحابنا في صورة المسألة، فمنهم من قال: صورتها أنه قذفها وحملها إلى الحاكم وأتى بألفاظ اللعان الأربعة وبقيت عليه الخامسة التي يقع بها الفرقة، فظاهر منها ثم أتى بكلمة اللعنة التي هي الخامسة وهو اختيار ابن الحداد، فأما إذا اشتغل بألفاظ اللعان الأربعة فقد مضى زمان يمكنه فيه الطلاق ولم يطلق فيه، فيصير عائداً ويستقر حكم الظهار، والكلمة الخامسة تعذر زمان الطلاق. وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: هذا خطأ، وصورة المسألة أنه ظاهر وابتدأ باللعان عقيبه فلا يكون عائداً ولا كفارة عليه؛ لأنه أخذ في تحقيق التحريم والفسخ يحصل بجميع ألفاظه، وكونه أفضل من لفظة الطلاق لا يوجب حصول العود، كما لو ظاهر من نسائه ثم مال عقيبه: أنت يا زينب، ويا عمرة، ويا فلانة طوالق، وعلى هذا لو قذف عقيب الظهار ثم لاعن كان عائداً؛ لأن القذف [١٤٢/أ] ليس من الألفاظ التي تقع بها الفرقة، وقال في «الإفصاح»: وقد قيل: إنه وإن قذف عقيب الظهار وأخذ في اللعان فلا كفارة عليه، لأن القذف من أسباب الفرقة، وذكره المزني في «الجامع الكبير». قال ابن سريج: لا يفرق هذا للشافعي ولا وجه له، لأن القذف يوجب عليه الحد، ولكن له إسقاطه بالبينة أو اللعان إذا طالبه به، ولا يحصل اللعان بالقذف، وباللعان مع الفرقة لا بالقذف. وقال القفال: ما ذكره في «الجامع الكبير» أصبح حتى لو قذف بعد الظهار في بينة ثم اشتغل بأسباب اللعان من المرافعة إلي الحاكم والدعوة إلى أن تم اللعان بينهما فلا كفارة، وإن لم يظفر بالحاكم إلا بعد مدة، وهذا كما أنه يبيع عبداً غائباً ويشتغل بأسباب تسليمه فيجوز ولا يجعل ذلك بيعاً تراخي فيه التسليم عن حالة العقد، وهذا غير صحيح عند أكثر أصحابنا لما ذكرنا.

فرع

قال ابن الحداد: لو قال لها: أنت عليّ كظهر أمي يا زانية، أنت طالق، يلزمه

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٥).

اللعان. وهذا على المذهب المشهور أن بالقذف عقيب الظهار يصير عائداً، وعلى ما ذكرنا في «الجامع الكبير» لا يكون عائداً ولا كفارة لأنه ينسب إلي اللعان الموجبة للفرقة.

مسألة: قال(١): «وقالَ في كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابنُ أبِي ليلى»: لو تظاهرَ منهمَا يوماً فلمْ يصبهَا حتىٰ انقضىٰ لمْ تكنْ عليهِ كفارةٌ».

قد بينا حكم الظهار المطلق، فأما الظهار الموقت كقوله: أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو سنة فيه قولان: أحدهما وهو الذي نقله المزني: يكون ظهاراً، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، واختاره المزني؛ لأنه حكم ثبت لكونه منكراً وزوراً، وهو موجود في الوقت، وقد روي في خبر مسلمة بن صخر أنه قال: تظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، وحكم النبي ﷺ فيه بحكم الظهار المطلق، واحتج المزني بهذا القول [١٤٢/ب] فقال: أصل قوله أن المتظاهر إذا حبس امرأته مدة يمكنه الطلاق فلم يطلقها فيها فقد عاد وجبت الكفارة عليه، وقد حبسها بعد التظهر يوماً يمكنه الطلاق فيه فتركه فعاد إلى استحلال ما حرم، فالكفارة لازمة له في معني قوله. والثاني: ذكره في اختلاف العراقيين: لا تكون ظهاراً، وبه قال مالك والليث وابن أبي ليلى؛ لأن الظهار إذا أطلق تحريمها كإطلاق تحريم الأم، فإذا علق تحريمها في وقت دون وقت لم يصح، كما لو شبهها بامرأة محرمة عليه وكانت حلالاً له لم يصح الظهار، ويؤكده أن الظهار المعهود في الجاهلية والإسلام هو الظهار المطلق، والترتيب خارج عن موضوعه. فإذا قلنا بهذا القول فإن لم يطأها حتى انقضت المدة فلا كفارة، وإن وطئها في المدة فيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه كفارة يمين علي ظاهر ما قاله في هذا الموضع، ويصير بخروجه من الظهار محرماً لها بغير ظهار فتلزمه الكفارة، كما لو آلى منها ثم وطيء. والثاني وهو الأصح: لا كفارة عليه؛ لأن لفظ التحريم موجب للكفارة في الحال من غير أن يتعلق بالوطيء والإيلاء يمين، وهذا غير حالف فيكون قول الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى عليه الكفارة محمولاً علي أنه جمع بين الإيلاء وهذا ظهار، فعاد جوابه إلى الإيلاء دون الظهار، وهذا قول أبي الطيب بن سلمة.

وقال الإمام أبو محمد الجويني: إلحاق الشافعي هذه المسألة باليمين وكفارتها يوهم أنه لو جامعها في الظهار الموقت قبل انقضاء ذلك الوقت كانت كفارته كفارة اليمين وليس كذلك، بل كفارته كفارة الظهار، نص عليه الشافعي في غير هذا الموضع، وإنما ألزمناه كفارة الظهار كالمظاهر، لأنها وجبت بسبب لفظ الظهار والمنكر من القول والزور وإن لم نجعله في جميع أحكامه كالمظاهر. وإذا قلنا: يكون ظهاراً فانقضى زمانه زال الظهار، [١٤٣/أ] إلا أنه إذا لم يطلقها عقيب الظهار وأمسكها في اليوم هل يكون عائداً؟ ظاهر نصه أنه لا يكون عائداً، وإنما العود منه بالوطيء في المدة؛ لأن

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٦).

إمساكه إياها لا يدل علي العود لجواز أن يمسكها؛ لأنها تحل له بعد اليوم فجعل العود فيه الوطىء فإن لم يطىء حتى ذهب الوقت سقط حكمه؛ لأن العود لم يحصل، وإن وطىء يلزمه كفارة الظهار ولا يحل الوطىء أيضاً بعده في ذلك اليوم حتى يكفر.

ومن أصحابنا من قال: يكون عائداً بالإمساك؛ لأنه أمسكها على النكاح زماناً يمكنه فيه الطلاق، وهذا اختيار المزني. وقال القفال: إذا قلنا إنه يكون ظهاراً هل يكون مؤبداً أو مؤقتاً؟ وجهان؛ أحدهما: مؤبد، فالطلاق المؤقت يتأبد، وعلى هذا يكون العود فيه كالعود في المطلق. والثاني وهو المنصوص: أنه مؤقت، وهذا خلاف النص الصريح، ويحكى عن مالك هذا القول أنه يصير مطلقًا ويسقط التأقيت، وهو غلط لما ذكرنا. وقيل: أصل هذا الخلاف أن الظهار هل يسلك مسلك الإيلاء أو مسلك الطلاق؟ وفيه قولان. وقال القفال: العود نفس الجماع في قوله القديم، وأصل هذين القولين ها هنا أن العود ماذا؟ فإن قلنا بأنه الجماع فها هنا يصير عائداً بالجماع ويلزمه الكفارة به، وإن قلنا إنه بالإمساك فها هنا كذلك أيضاً، وهذا غريب والاعتياد على ما سبق.

مسألة: قال(١): «ولو تظاهرَ وآلىٰ، قيل له: إن وطئتْ قبلَ الكفارةِ خرجتَ من الإيلاءِ».

الفصل

قد مضت هذه المسألة بشرحها في كتاب الإيلاء، والمقصود أن الوطىء بعد الظهار لا يصير حلالاً بسبب الإيلاء وقد ذكرنا أنه هل يتحتم بتحريم الوطىء طلاقاً ويتعين؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يتعين. والثاني: لا يتعين؛ لأن عجزه عن الوطىء بالتحريم كعجزه عنه بالمرض فيفيء بلسانه فيء معذور، ثم يوحد التفكير [١٤٣/ب] عن ظهاره ولا يمهل فيه مع المكنة منه، فإذا كفر زال عذره ولزمه أن يفيء بالإصابة كالمريض إذا صح من مرضه.

باب عتق المؤمنة في الظهار

مسألة(٢): قالَ اللَّهُ تعالىٰ في المظاهرِ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ قال: «فإذا كانَ واحداً لها أو لثمنَها لم يجزْئهِ غيرها».

قدمنا أن كفارة الظهار على الترتيب ككفارة الفطر على الترتيب، فإن كان في ملكه رقبة لزمه إعتاقها، وكذلك إن لم يكن في ملكه ولكنه قادر على ثمنها فتمكن من شرائها بثمن مثلها يلزمه ذلك، ولا يجوز له العدول إلى الصوم، ويفارق هذا إن لم يكن في ملكه ابنة مخاض وقدر على شرائها يلزمه شراؤها، ويجوز له العدول إلى ابن لبون وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم.

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٦ ـ ١٢٧).

(٢) انظر الأم (٤/١٢٧).

فرع

لو لم يجد الرقبة فنوى في الليل صوم شهرين من الغد فقبل طلوع الفجر وجد الرقبة يلزمه الإنتقال إليها؛ لأن الرقبة موجودة قبل الشروع في المقصود من أي البدل، ولو لم يطلب الرقبة فنوى في الليل الصوم ثم طلب الرقبة في الليل مع تحمل المشقة ولم يجدها، فطلع الفجر ولم يعد النية بعد الطلب لا تصح النية؛ لأنه تقدم وقت الجواز فصار كمالو تيمم قبل الطلب ثم طلب الماء ولم يجد لا يصح تيممه، ولو طلب الوقت قبل وجوبها ولم يجدها فلما وجبت نوي وكان ليلاً ولم بطل الفصل من وقت الطلب لم تصح النية أيضاً كما لو طلب الماء قبل وجوب التيمم، فلما وجب تيمم لم يجز، هكذا ذكره والدي رحمه الله. ويحتمل وجهاً آخر أنه لا يصح؛ لأن العدم متحقق.

مسألة: قال[1]: «وشرطَ اللهُ عزَ وجلَ في رقبةِ القتلِ مؤمنةً كما شرطَ العدلُ في الشهادةِ [١٤٤/أ] وأطلقَ الشهودَ في مواضعَ».

الفصل

لا يجزئ من كفارة الظهار وغيرها إلا رقبة مؤمنة، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق، والأوزاعي. وقال أبو حنيفة، وعطاء، والثوري، والنخعي: لا يشترط إلا في كفارة القتل. ويحكى هذا عن الأوزاعي أيضاً، وهذا غلط؛ لأنه عتق في كفارة يشترط فيه الإيمان كما في كفارة القتل. واحتج الشافعي بأن الله تعالى لما شرط العدالة في موضع في الشهود وأطلق في سائر المواضع حمل المطلق على المقيد. واحتج أيضاً بأن الصدقات لما لم تصرف إلى المؤمنين كذلك العتق وتحريره، فإنه حق مال يجب على سبيل الطهر كالزكاة. واحتج أصحابنا فيه بما روي عن الشريد بن سويد الثقفي قال: قلت: يا رسول الله، إن أمي أوصت إلى أن أعتق عنها رقبة، وإن عندي جارية سوداء نوبية، فقال: «ادع بها» فقال: «من ربك؟ قالت: الله. قال: «فمن أنا؟» قالت: رسول الله. قال: «اعتقها فإنها مؤمنة»[2]. فدل أنه ييشترط الإيمان في كل عتق واجب.

فرع

لو نذر أن يعتق رقبة وأطلق، هل يشترط الإيمان؟ لا نص فيه، واختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ أحدهما: يشترط قياساً على الرقبة الشرعية. والثاني: لا يشترط للإطلاق.

مسألة: قال[3]: «فإن كانتْ أعجميةُ وصفتْ بالإسلامِ».

أراد بالعجمية من لا يحسن العربية لا يختص هذا بالفرس والروم والنبط في ذلك

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٧).

(٢) أخرجه أحمد (٤/٣٨٩)، وابن حبان (١٢٠٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٢٧٢).

(٣) انظر الأم (٤/١٢٨).

واحد. ومعنى قوله: «وصفت بالإسلام» أي عقلت ووصفت، فأما إذا لقنت وتلقنت ولم تعرف ذلك لا يجوز، وهذا لأن الشرط حصول الإسلام. فإذا تقرر هذا إن كان المعتق يحسن العجمية يسمعها تصف الإسلام بالعجمية أجزاه ذلك، وإن لم يحسن [١٤٤/ب] العجمية لا بد من شاهد وعدلين يشهدان بأنها وصفت بالإيمان؛ لأن الترجمة لا تقبل إلا من شاهدين عدلين. فإن قيل: الرقبة إذا وصفت الإسلام جاز إعتاقها عن الكفارة أعجمية كانت أو عربية، فما فائدة قوله: فإن كانت أعجمية؟ قلنا: مقصود الشافعي إنها متى وصفت أصل الإسلام أجزأت، وإن كانت لا تهتدي إلى فروع الإسلام ومشاعره وتوابعه وكانت العرب سابقين إلى الإسلام فربما كان العربي في ذلك الزمان يعرف ويحسن من الإسلام وأحكامه ما لا يعرف العجمي غير أن العجمي إذا شارك العربي في أصل الإسلام مشاركه في اسم الإسلام وحكمه، وكأن قال: إذا وصفت الإسلام أجزأته ورن كانت أعجمية.

مسألة: قال[1]: «فإنْ أعتقَ صبيةً أحدَ أبويَها مؤمنٌ، أو خرساءَ جليبةَ تعقلُ الإشارةَ بالإيمانِ أجزأهُ».

الصبي إذا كان أبواه مسلمين، أو أبوه يحكم بإسلامه بلا خلاف، وإن كانت أمه مسلمة وأبوه كافر يحكم بإسلامه عندنا خلاف لمالك، وهذا لأن من تبعه الحمل تبعه الولد المنفصل كالأب. وقال عطاء: لا يصير الولد مسلم حتى يسلم أبواه معاً، فإذا تقرر هذا يجوز إعتاقه عن الكفارة، وإن كان لهن يوم مثلاً؛ لأن القصد تكميل الشخص لا القيمة ولا المنفعة في الحال. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: إذا أعتق وصيفاً لا يجوز، ثم رجع وقال: يجوز؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة ولم يفصل. وقال أحمد: لا يجوز عتقه إلا بعد البلوغ؛ لأنه لا يقدر على عمل وإيمانه ناقص أيضاً. وهذا غلط؛ لأنه إيمانه كامل ولهذا يقتل به المؤمن البالغ وهو سليم الخلق وترجي منفعته وقال مالك: لا يجوز إلا عد أن يصلي ويصوم بعد البلوغ. وحكى عن مالك أنه قال: أحب أن لا يعتق إلا بالغاً. وعندنا يستحب هذا أيضاً فلا خلاف على هذا. وحكى عن أحمد [١٤٥/أ] أنه قال: يعجبني أن لا يعتق إلا من يعبر عن نفسه لقوله ﷺ «الإيمان قول وعمل»، وهذا إشارة إلى الاستحباب فيرتفع الخلاف معه أيضاً. فإن قال قائل: أي فائدة في نصوص الشافعي رحمه الله تعالى مسألة الإيمان في الأنثي حيث قال[2]: «وإن أعتقَ صبية أحد أبويها مؤمن»، وعلى هذا أجري أكثر المسائل؟ قلنا: يحتمل أنه قصد متابعة لفظ الكتاب حيث قال تعالي: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ واسم الرقبة تأنيث، ثم ينطلق ذلك على الذكر والأنثى، ويحتمل أنه قصد جزالة اللفظ، فإن اللفظ في كنايات الأنثى أجزل وأفصح، وهذا نظير ما قال في كتاب الزكاة: «ولو تسلف الرجلين بعيراً فأتلفاه».

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٨).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).

الفصل

ولو تسلف الرجل واحد كان حكمه كما لو تسلف لرجلين، ولكن اللفظ في الاثنين وكناياتها أجزل وأفصح. وأما الرقبة الخرساء قال الشافعي رحمه الله في «الجديد»: يجوز إعتاقه إذا كانت تعقل الإشارة» وقال في «القديم»: لا يجوز الأخرس في الكفارة وبه قال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله؛ لأنه ينقص قيمتها به كالعمى، فقيل: في المسلمين قولان وهو ضعيف، وقيل: هما على حالين، فإن كانت أصم لا يجوز وإن كانت تعقل الإشارة وإن لم يكن مع الخرس صمم يجوز، والدليل علي جوازه أن الخرس نقص لا يضر بالعمل فلا يمنع الأجزاء كالطرش، وبه فارق الأعمي. فإذا تقرر هذا، فإن كانت مسلمة تبعا أجزأت، وإن كانت بالغة مجلوبة أو كانت من أبوين كافرين فأشارت بالإسلام إشارة مفهومة، قال: ها هنا تجزأ. وروى الربيع في كتاب «الأم» إذا أشارت الخرساء بالإسلام وصلت جاز عتقها»[1]. فقيل: ذكر الصلاة تأكيداً لا شرطاً ولهذا ترك المزني نقل الصلاة لأنه علم أن الشافعي ذكره احتياطاً لا شرطا. وقال بعض أصحابنا: صلاة الأخرس شرط في صحة إسلامه بالإشارة، وحملوا إطلاق المزني [١٤٥/ب] على تفسير الربيع؛ لأن الإشارة استدلال يختص بالأخرس والصلاة فصل يشترط فيه الناطق والأخرس فإذا أمكن اختيار إسلامه بما يشتركان فيه لم يجز الاقتصار على ما يختص به ولأن الإشارة لا تصرح وهي ضعيفة، فأكدت بفصل الصلاة. فإن قيل: ما فائدة قوله: «جليبة» ولا فرق بين المجلوبة والولد في بلاد الإسلام؟ قلنا: الجواب عنه ما مضى في تقييده بالأعجمية، فإن المجلوبة تكون هي الأعجمية. واعلم أن المستحب أن تكون ناطقة بكلمة الإيمان فلذلك أنفي للريبة وأبعد من الاختلاف.

مسألة: قال[2]: «ولو سُبيتْ صبيةٌ معَ أبويهَا كافرين فعَقَلَتْ ووصَفَتْ الإسلامَ وصلَّتْ إلا أنها لمْ تبلغَ لمْ تجزئهُ».

الفصل

إذا سبي الصغير مع أبويه أو أحدهما لم يصر مسلماً بإسلام السابي، وإنما يصير مسلماً بإسلامه إذا لم يكن معه أحد أبويه. وفيه وجه لا يصير تبعاً للسابي أصلاً في الإسلام لعدم البعضية، وهو خلاف مفهوم كلام الشافعي ها هنا، فإن أسلم هذا الصغير بنفسه فقد ذكرنا فيما تقدم أنه لا يجوز إسلامه على ظاهر المذهب، وفيه وجهان آخران؛ أحدهما يجوز إسلامه دون ردته، وهو اختيار الاصطخري. والثاني: يراعى على ما يكون منه حال بلوغه، فإذا قلنا: لا يصح إسلامه لا يجوز إعتاقه عن الكفارة.

وإذا قلنا: يجوز إسلامه يجوز إعتاقه عن الكفارة. وإذا قلنا: يراعى فأعتقه عن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٨).

الكفارة ثم بلغ، فإن وصف الكفر لم يجز، وإن وصف الإسلام هل يجوز؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز لأنه محكوم بإسلامه، وهو اختيار القفال. والثاني: لا يجوز؛ لأنه ناقص الدين بدليل أنه يقر على الكفر ولم يحكم بإسلامه حال إعتاقه. وقال في «الحاوي»[١]: قال الداركي وجماعة من أصحابنا: يحكم بإسلامه ظاهراً، وفي الباطن موقوف على بلوغه، فإن أقام عليه ثبت في الباطن أيضاً، وإن أظهر الكفر لم يقبل منه [١٤٦/أ] في الظاهر وكان مقبولاً في الباطن، فعلى هذا لو أعتقه عن الكفارة ومات قبل أن يصف الكفر أو الإسلام أجزأه في الظاهر دون الباطن، وإن أظهر الإسلام أجزأه في الظاهر والباطن وجهاً واحداً.

مسألة: قال[٢]: «ووصفهَا بالإسلامِ أن تشهَد أَنْ لَا إلهَ إلَّا اللَّهُ وأَنْ محمدٌ رسولُ اللَّهِ وتبرأَ منْ كلِّ دينٍ خالفَ الإسلامَ».

هذا الذي ذكره الشافعي - رحمه الله - في «الجديد» أكمل ما يكون في وصف الإيمان. وقال في «القديم»: إذا أتى بكلمة الشهادتين كان مسلماً ولم يعتبر البراءة من كل دين خالف الإسلام. قال أصحابنا: إنما اعتبر الشافعي البراءة من كل دين خالف الإسلام؛ لأن اليهود ومن يعتقد أن محمداً ﷺ مبعوث إلى العرب الأدميين دون أهل الكتاب وهذا قول الجبرية من اليهود. فأما من لا يعتقد نبوته أصلاً أو كان من عبدة الأوثان يكفي أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإن لم يتعرض للبراءة يجوز. وهو اختيار أبي إسحاق، وهو المذهب، وليست المسألة على قولين. وأما الإقرار بالبعث بعد الموت والجنة والنار لا يعتبر ولكنه يستحب امتحانها بذلك وبسائر شرائط الاعتقاد، فإن أعتقه عن الكفارة ثم رأيناه ينكر البعث جعلناه مرتداً من الآن والعتق مجزىء.

فرع

الكافر الذي يقول مع الله إلهاً آخر من عبدة الأصنام والوثنية والنصارى الذين يقولون ثالث ثلاثة إذا قال: لا إله إلا الله اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يحكم بإسلامه ويجز على أن يقول محمد رسول الله، فإن لم يقل ذلك فهو مرتد. وأما من يقول في دينه: لا إله إلا الله كاليهودي والنصراني لا بد له أن يقول: محمد رسول الله ويصير مسلماً بهذا القدر وحده، والذي يقول: [١٤٦/ب] محمد رسول الله إلى بعض الناس دون بعض يحتاج أن يقول محمد رسول الله بعث إلى الناس كافة، ففي الجملة يجب أن يقر بشيء مما يخالف أصل دينه من أصول دين الإسلام، أو يقول: تبرأت من كل دين خالف الإسلام حتى يصير به مؤمناً، وهذا اختيار القفال. ومنهم من قال: لا يحكم بإسلامه حتى يأتي بالشهادتين، وهو ظاهر كلام الشافعي هاهنا، وهو المذهب،

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/٢٦٨).

(٢) انظر الأم (٤/١٢٨).

وقال في «الحاوي»[١]: إذا أتى بالشهادتين والبراءة من كل دين خالف الإسلام، هل هو شرط في صحة الإسلام؟ ثلاثة أوجه؛ أحدها ما ذكرناه. والثاني: أنه شرط ليزول الاحتمال عن شهادته لما روي أن رجلاً من اليهود أتى في جماعة من أصحابه إلى رسول الله ﷺ فسأله عن معالم الدين، فأخبره بها فقال: أشهد أنك نبي حق. فقال له ولمن معه: «ما منعكم أن تتبعوني؟» فقالوا: نخاف أن تقتلنا اليهود[٢]؛ لأن داود ﷺ دعا أن يجعل الله النبوة في ولده، فلم يجر عليه حكم الإسلام مع الاعتراف بنبوته؛ لأنه لم يتبرأ من دينه. والثالث: أنه شرط في الإسلام من زعم أن محمداً ﷺ نبي مبعوث إلى ولد إسماعيل دون إسحاق، أو هو مبعوث في آخر الزمان، وهو قول بعض النصارى، ولا يشترط في غيرهم، وهذا اختيار القاضي أبي حامد وجماعة، وهذه الطريقة غريبة.

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء

مسألة: قال[٣]: «ولا يجزىءُ في رقبةٍ واجبةٍ رقبة تشترى بشرطِ أَنْ تعتقَ».

ظاهر المذهب أنه يصح الشراء بشرط العتاق كما نص هاهنا، والقياس أن البيع باطل؛ لأنه شرط ما يضاد موضوع العقد، ثم إذا صححنا [١٤٧/أ] البيع يجب إعتاقه، وهل يجبر المشتري على العتق أو لا يجبر، ويكون للبائع الخيار؟ وجهان: فإن قلنا: يجبر حقاً لله تعالى لا بد من الإعتاق، ثم لا يجزىء عن الكفارة؛ لأنه مستحق بسبب آخر، وعلل الشافعي هاهنا فقال[٤]: «لأنه بضع من ثمنها»، ومعناه أنه إذا اشترى بهذا الشرط فقد حوبي في ثمنه، وإنما حوبي على أن يكون للذي حابى فيه نصيب فلا يجزيه ذلك؛ لأنه يعتق رقبة كاملة. وإن قلنا: إنه لا يجبر ويكون للبائع الخيار فما دام يطالب الإعتاق فأعتقه عن الكفارة لا يجوز؛ لأنه يسقط به حقاً وهو خيار البائع وإن عفي البائع ثم أعتق المشتري بعد ذلك عن الكفارة فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز لأنه لم يجب عتقه بسبب آخر وأعتقه مختاراً. والثاني: لا يجوز لما ذكر الشافعي من العلة؛ لأن ذلك يضع من ثمنها ولم يفصل، ذكره القفال واختار أبو حامد هذا الوجه الثاني، وعلل بأنه لم يقع العتق خالصاً عن الكفارة، بل وقع مشتركاً بينها وبين المعتق بالشرط، ولا فرق فيما ذكرنا بين كفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة اليمين والرقبة التي وجب إعتاقها بالنذر.

مسألة: قال[٥]: «ولا يجزىءُ فيهَا مكاتبٌ أدىٰ مِنْ نجومهِ شيئاً أو لمْ يؤدهِ».

لا يجوز عتق المكاتب عن الكفارة بحالٍ، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد، وزفر، وأحمد في رواية. وقال أبو حنيفة: «إن لم يؤد شيئاً من نجومه يجوز

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٢٦٩).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الأم (٤/ ١٢٩).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).
(٥) انظر الأم (٤/ ١٢٩).

إعتاقه عن الكفارة، وإن أدى شيئاً من نجومه لا يجوز في أظهر الروايتين»، وبه قال الليث، وأحمد في الرواية الثانية. وقال أبو ثور: يجوز إعتاقه عن الكفارة سواء أدى بعض النجوم أو لا، واحتجوا بأنها رقبة تامة الرق سليمة الخلق لم يؤخذ عن شيء منها عرضاً فجاز إعتاقها كالقن، وهذا غلط [١٤٧/ب] لأن عتقه مستحب سابق فلا يجوز صرفه إلى الكفارة كعتق أم الولد، وبهذا فارق القن. واحتج الشافعي هاهنا بأن قال[1]: «إنه ممنوع من بيعه»، وهذه العلة لا تستغني من الاحتراز؛ لأن الراهن ممنوع من بيع المرهون، ولو أعتقه عن الكفارة أجزأه على القول الذي يقول بنفوذ عتقه، غير أن الشافعي أراد لأنه ممنوع من بيعه بسعيه الحرية وهي الكتابة فنزلت منزلة أم الولد.

مسألة: قال[2]: «ولا تجزئُ أمَّ الولدِ منْ قولِ منْ لا يبيعهَا».

لا يجوز إعتاق أم الولد عن الكفارة بحال؛ لأن فيها شعبة الحرية بالاستيلاد، وقوله: «في قول من لا يبيعها» ليس بتعليق القول في جواز بيع أم الولد؛ لأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ اختلفوا في بيعها في العصر الأول ثم العصر الثاني والثالث أجمعوا على أنه لا يجوز بيعها، واختلف أصحابنا في إجماع العصر الثاني، هل يرفع خلاف أهل العصر الأول على وجهين. وفي هذا إشارة إلى أنه لا يرفع خلافهم، والمزني أوهم أن الشافعي علق القول في جواز بيعها ثم اختار أنها لا تباع. قال: وقد قطع بهذا الجواب في خمسة عشر كتاباً، والحق ما اختاره، والمسألة على قول واحد. وقيل: قوله: «في قول من لا يبعها» تنبيه على الخلاف؛ لأن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ اختلف رأيه واجتهاده في بيعها، فكأنه قال: من جوز بيعها أجزأت عنده الكفارة، وهو قول جميع الفقهاء اليوم، ولم يقصد تعليق القول. وقال القفال: في بيعها قولان: وفي عتقها عن الكفارة قولان أيضاً، وفي المكاتب قول بعيد أنه يجوز بيعه ولكن لا يجوز عتقه عن الكفارة بكل حالٍ، والفرق أن أمية الولد تزول بالبيع حتى لا تعتق بموت المشتري، والكتابة لا تزول بالبيع، فإنه لو أدى النجوم عتق، وهذا غريب. وقال طاوس، [١٤٨/أ] وعثمان البتي، وداود: يجوز عتقها عن الكفارة، وجوز داود بيعها وأبطل عثمان البتي بيعها، ولا نص عن طاوس في البيع، وهذا غلط لما ذكرناه.

فرع

قال في «الأم»[3]: ويجوز عتق المدبر والمدبرة عن الكفارة سواء قلنا إنه يمكن الرجوع عن التدبير قولاً أو لا يمكن إلا بالإخراج من ملكه، سواء قلنا التدبير وصية، أو قلنا إنه عتق بصفةٍ؛ لأن إعتاق المعلق عتقه بصفةٍ. وقال مالك وأبو حنيفة،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٩).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).

والأوزاعي: لا يجوز عتق المدبر عن الكفارة؛ لأنه لا يباع عنده، وهذا غلط؛ لأنه يعتبر عتقه من الثلث فأشبه الموصى بعتقه.

مسألة: قال(١): «ولو أعتقَ مرهوناً أو جانياً جناية فأدىٰ الرهنَ والجنايةَ أجزأهُ».

قد ذكرنا في عتق الراهن المرهون ثلاثة أقوال، والأظهر أنه إن كان موسراً نفذ عتقه وتوضع قيمته رهناً مكانه، وإن كان معسراً لا ينفذ، فإذا قلنا: ينفذ يجوز عتقه عن الكفارة، وقول الشافعي هاهنا: «فأدى الرهن أو الجناية أجزأه». اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق يكون العتق موقوفاً على أداء الدين أو وضع قيمته رهناً مكانه، ولا يحكم بجواز عتقه في الحال لظاهر هذا اللفظ، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أنَّا إذا لم نجوز عتق الراهن فأخرجه من الرهن هل ينفذ ذلك العتق؟ وجهان أو قولان، وهذا جواب على أحد القولين، وهو اختيار جماعة مشايخ خراسان والقاضي الطبري.

قال القاضي: هذا نص الشافعي وأجراه مجرى الشريكين إذا أعتق نصيبه، فإن شراية العتق تكون موقوفة على الأداء في أصح الأقوال، فإذا أدى المال تبينا أنه شراء. وقال أبو حامد: هذه من زلات أبي إسحاق؛ لأن الناجز لا يتوقف، بل نقول: ينفذ ويطالب بقضاء الدين أو دفع قيمته رهناً إن لم يكن جل الدين، [١٤٨/ب] أو نقول: لا ينفذ. وتأويل كلام الشافعي أجزأه الأداء عن حق الرهن دون العتق وهذا بعيد؛ لأن الشافعي يتكلم في حكم الكفارة دون حكم الرهن، والأولى أن نقول: ينفذ ويجوز عن الكفارة. وقوله: «فأدى الرهن» لم يذكر على وجه الشرط. وأما العبد الجاني فهل يجوز عتقه؟ قد ذكرنا أنه كالمرهون، وحكم الجوازعن الكفارة وحكم أداء حق الجناية على ما ذكرنا في الرهن، ثم يلزمه أن يفديه. قال أبو إسحاق فيه قولان؛ أحدهما: يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ. والثاني: يفديه بأقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية. وقال أبو حامد: هذا خطأ، ويجب أن يفديه بأقل الأمرين قولاً واحداً؛ لأن بيعه تعذر بإعتاقه كما قلنا في أم الولد. وذكره أبو إسحاق يصح؛ لأن حال الجناية كان يمكنه تسليمه للبيع ولكنه منعه بإعتاقه بخلاف أم الولد، ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه يراعي وقت المطالبة، فيقال: إما أن تفديه بأرش الجناية، أو تسلمه للبيع، فإذا تعذر تسليمه لا معنى لإيجاب أكثر من القيمة؛ لأنها هي الثمن في العادة.

فرع

إذا أعتق عبداً مغصوباً عن كفارته نفذ عتقه. وقال أبو حامد وجماعة: لا يجوز عن كفارته؛ لأنه مسلوب المنفعة فصار بمنزلة الزمن. وقال القفال: يجوز لأنه يملكه ملكاً تاماً والغصب يعرض الزوال كالصغر، وهذا قريب من المذهب. وقال صاحب «الحاوي»: عندي أنه ينظر في حال العبد، فإن قدر على الخلاص من غاصبه الهرب

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٩).

منه، وإن لم يقدر على العود إلى سيده أجزأه عن كفارته؛ لأنه قادر عن منافع نفسه، وإن لم يقدر على الخلاص والهرب فالإجزاء موقوف، فإن قدر بعد ذلك على الخلاص بموت الغاصب أو عجزه أجزءه عن الكفارة حينئذٍ، وإن لم يقدر لا يجوز ولا يمنع أن يكون إجزاؤه [١٤٩/أ] موقوفاً، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالغائب إذا علم بحياته بعد عتقه.

فرع آخر

لو أعتق الحمل عن الكفارة لم يجز، وإن ولدته بعد العتق حياً؛ لأنه حين أعتق لم يكن له أحكام الدنيا، نص عليه. ولو أعتق الأم وهي حبلى عن كفارته أجزأه، ويعتق الولد تبعاً ولا يكون عن الكفارة. قال الشافعي: «فإن استثنى حملها من العتق لم يصح وتبعها، ولا يصير العتق عن الكفارة.

فرع آخر

إذا تزوج بأمة ثم اشتراها وأعتقها عن كفارته نظر، فإن لم تأت بولد منه فقد صح إعتاقها وقد انفسخ نكاحها بملكه إياها. وإن أتت بولد نظر، فإن لم يكن وطئها بعد الشراء وأتت به لدون أربع سنين من حيث الشراء فالولد يلحق به لأنها كانت فراشاً له بعقد النكاح ولم تصر أم ولد له؛ لأنها حملت منه من غير ملكه وعتقها مجزىء عن الكفارة، وقد عتق عليه الولد بالملك. وإن أتت به لأربع سنين، فما زاد من حين الشراء لا يلحق به الولد، ويجزيه عتقها عن الكفارة. وإن كان وطئها بعد الشراء. فإن أتت به لدون ستة أشهر من حين الوطىء، فالحكم فيه كما لو لم يطأها. وإن أتت به لستة أشهر من حين الوطىء يلحق به، ولم يمسسه رق، والأمة أم ولده، ولا يجزيه عن الكفارة؛ لأن الظاهر أن الحمل من هذا الوطىء الموجود في الملك، وهي صارت أم ولد له به.

مسألة: قال[(١)]: «وإنْ أعتقَ عبداً له غائباً فهوْ علىٰ يقينِ أَنهُ أعتقَ».

في بعض النسخ: فهو على غير يقين أنه أعتق. وجملته أنه إذا أعتق عبداً غائباً يعرف مكانه ويسمع بخبره جاز عن كفارته؛ لأنه محكوم بملكه ملكاً تاماً، وهو المراد به على القراءة الأولى، وإن أعتق عبداً غائباً مفقوداً لا يعرف خبره لا يجوز عن الكفارة [١٤٩/ب] وهو المراد به في القراءة الثانية. وقال في «زكاة الفطر»: يلزمه أن يذكر عنه زكاة الفطر وقد ذكرنا في كتاب الزكاة أن من أصحابنا من قال فيهما قولان على سبيل النقل والتخريج، ومن أصحابنا من حملهما على الظاهر، والمعنى مراعاة الاحتياط فيهما وهو اختيار القفال، فإن قيل: إذا شك في الحدث وجب أن يأمروه بالوضوء احتياطاً للصلاة. قيل: الغيبة ليس لها ظاهر ينبني عليه الحكم، وشكه في حدث نفسه

---

(١) انظر الأم (١٢٩/٤).

له ظاهر، وهو أن كل أحد يعلم فعل نفسه، فإذا لم يعلم كان الظاهر بقاء أصله.

مسألة: قال[١]: «ولو اشترىٰ مَنْ يعتقُ عليهِ لَمْ يجزهُ».

الفصل

إذا اشترى من يعتق عليه أو اتهب ونوى أن يكون عتقه عن كفارته لم يجز عن كفارته، وبه قال مالك، وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجزئه، وهذا غلط؛ لأن عتقه مستحق بسبب سابق فلا يجوز صرفه إلى الكفارة كأم الولد.

فرع

لو اشترى من يعتق عليه بشرط الخيار، ثم أعتقه في مدة الخيار عن كفارته. قال أبو بكر الأودي من أصحابنا: إنه يجوز؛ لأنه باشر إعتاقه، والمذهب أنه لا يجوز، وذلك الوجه لم يقله غيره.

مسألة: قال[٢]: «ولو أعتقَ عبداً بينهُ وبينَ آخرِ عَنْ ظهارهِ وهو موسرٌ أجزأهُ».

إذا كان بينه وبين آخر عبد مشترك فأعتق نصيبه، فإن كان موسراً عتق نصيبه وقوم عليه نصيب شريكه ومتى يسري العتق إلى نصييب شريكه فيه أقوال أحدها: عند اللفظ، والثاني: عند أداء القيمة، والثالث: مراعى. فإن أدى القيمة تبينا أنه عتق عند اللفظ، وإذا قلنا: يعتق عند اللفظ فهل يقع العتق في جميعه بنفس اللفظ، أو في نصيبه باللفظ ومن [١٥٠/أ] نصيب شريكه؛ بالشراية؟ وجهان: فإذا ثبت هذا فإن كان موسراً فأعتق كله عن كفارته جاز بلا إشكال؛ لأن عتقه نافذ في جميعه كما ينفذ من مملوكه الخالص. وأما وقت النية: فإن قلنا: يعتق جميعه بنفس اللفظ، أو قلنا: يراعى فيحتاج أن ينوي عتق نصيبه ونصيب شريكه عن الكفارة حال تلفظه؛ أو قلنا يراعي فيحتاج أن ينوي عتق نصيبه ونصيب شريكه عن الكفارة حال تلفظه؛ لأنه وقت عتقه. فإن نوى عتق النصف عند العتق والنصف عند أداء القيمة لم يجز؛ لأنه أخر فيه الكفارة عن وقت العتق. قال القفال: ولا فرق بين أن يقول: أعتقتك أو يقول: أعتقت نصيبي، كما لو كان الكل له وقال: أعتقت نصفك عن ظهاري جاز؛ لأنه عبارة عن عتق الكل.

قال: وفيه وجه آخر أنه إذا قال: أعتقت نصيبي منك لا يجوز عن الكفارة؛ لأنه ما نوى في النصف الثاني والشرع أعتق ذلك عليه. وقال بعض أصحابنا: إن قال: أعتقت ونوى عتق الكل عن كفارته جاز، وإن نوى عتق حصته عن كفارته ولم ينو أصلاً في حصة شريكه أجزأه عتق نصيبه عن كفارته، وهل ما عتق عليه من حصة شريكه عن كفارته؟ وجهان بناء على الوجهين أنه هل يعتق الباقي بالمباشرة أو بالشراية؟ فإن قلنا بالمباشرة أجزأته نيته في حصته عن النية في حصة شريكه. وإن قلنا: يعتق بالشراية لم يجزه. وهكذا لو كان مالكاً لجميع العبد فأعتق نصفه ينوي بنصفه عن كفارته عتق عليه

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٩).

(٢) انظر الأم (٤/١٢٩).

جميعه وأجزأه منه النصف الذي نواه، وفي أجزاء نصفه الثاني وجهان؛ أحدهما: يجوز ويكون عتق مباشرة. والثاني: لا يجوز ويكون عتق شراية. وإن قلنا يعتق نصيب شريكه باللفظ وأداء القيمة، فإن نوى في الحال عتق النصف عن كفارته ونوى عتق النصف الآخر عند أداء القيمة أجزأه؛ لأنه إذا نوى عند أداء القيمة فقد نوى عند وقوع العتق. [١٥٠/ب] وإن نوى عتق الجميع عن الكفارة في حال العتق ولم ينو عند الأداء أجزأه أيضاً؛ لأنه وقت وجوب عتق نصيب الشريك.

قال أبو حامد: وعندي أنه يلزمه فيه عتق الكل حال العتق؛ لأن تلك الحالة سبب العتق، وهو اختيار القاضي الطبري. وقال في «الحاوي»(١): فيه أربعة أوجه: أحدها: تلزمه النية مع دفع القيمة. والثاني: تلزمه وقت اللفظ. والثالث: يتخير بين أن ينوي مع اللفظ؛ لأنه سبب العتق وبين أن ينوي مع دفع القيمة؛ لأنه وقت نفوذ العتق. والرابع: وهو الأصح عندي، أن يجمع بين النية مع لفظ العتق والنية مع دفع القيمة؛ لأن العتق إذا وقع بأمرين لم يجز أن تختص النية بأحدهما، فإن نوى عند أحدهما لم يجزه». فحصل من هذا أنه إذا نوى في الحال عتق النصف عن كفارته، ونوى عند أداء القيمة عتق النصف الآخر عن كفارته هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، وهو اختيار أبي حامد. والثاني: يجوز وهو الأظهر.

وحصل أيضاً أنه لو أعتق جميعه بنية الكفارة ولم ينو عند أداء القيمة أصلاً هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: يجوز وهو ظاهر المذهب. والثاني: لا يجوز. وأما إذا كان معسراً فنوى عند العتق أن يكون نصيبه عن كفارة ثم وجد مالاً فاشترى النصف الآخر وأعتقه، ونوي أن يكون عن كفارته أجزائه أيضاً. وإن نوى الجميع عند العتق لم يجز؛ لأنه قدم نية الكفارة على عتق النصف. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أعتق الباقي مطلقاً ولم ينوِ عن كفارته هل يجوز عن كفارته؟ وجهان بناء على تفريق الوضوء إذا جوزناه هل يلزمه تجديد النية؟ وجهان. قال القفال: والأصح أنه لا يجزئه. والفرق أن في الطهارة نيته الأولى مشتملة علي جميع أفعالها، وها هنا نيته الأولى مشتملة على نصيبه فقط فافترقا.

ولو أعتق هذا المعسر [١٥١/أ] نصيبه عن كفارته وأراد أن يتمم بالتفكير في الحال لم يجز إلا أن يكمل بصيام شهرين أو بإطعام ستين مسكيناً. ثم قال بعض أصحابنا في نصف العتق الذي قدمه وجهان؛ أحدهما: أنه عتق نافذ في التفكير وكمله بصوم شهرين. والثاني: ما تقدم صار طوعاً؛ لأن الصوم كفارة كاملة لا تلزمه الزيادة عليها، ذكره في «الحاوي»(٢) ما إذا أيسر قبل أن يصوم هل يلزمه أن يكفر بالعتق؟ قولان؛ أحدهما: لا يلزمه إذا قلنا: المراعى في الكفارة حال الوجوب. والثاني: يلزمه إذا قلنا المراعى فيه حال الأداء، فإن اشترى الباقي وأعتقه عن كفارته أجزأه ولا يضر التفريق؛

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٧٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٧٩).

لأن المقصود تكميل العتق في الرقبة وقد تكامل وإن كان في زمانين. وقال أبو حنيفة: لا يجوز عتق المشترك عن كفارته موسراً كان أم معسراً؛ لأنه إذا أعتق نصبه صار عتق الباقي مستحقا على مالكه فلا يجزئ عن الكفارة كأم الولد، وهذا غلط؛ لأنه معتق لجميعه لأنه يسري إلى الباقي قد صادف رقاً تماماً فجاز بلا خلاف أم الولد. فإن قيل: عندكم إذا استحق العتق عن جهة لا يجوز عن الكفارة، فكيف جوز تم ها هنا؟ قلنا: إنما لا تجوز إذا لم تقارن النية سبب الاستحقاق وها هنا قارنته فجاز، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر عن كفارتي جاز. فإن قيل: فيجب إذا نوى المعتق عن الكفارة عند عتق الكتابة عليه يجوز. قلنا: المانع ها هنا عن الجواز كون المعتق واقعاً بعوض ولا يجوز ذلك بالإجماع.

مسألة: قال[1]: «ولو أعتقهُ علىٰ أَنْ جعلَ لهُ رجلٌ عشرةَ دنانيرِ لَمْ يجزئهُ».

إذا قال رجل: اعتق عبدك عن ظهارك ولك عليّ عشرة دنانير فأعتقه على عشرة دنانير لم يجزه عن ظهاره؛ لأنه أعتقه على جعل، ويقع العتق [١٥١/ب] عن الباذل للعشرة وللمعتق العشرة والولاء للباذل، ولا فرق بين أن يقدم ذكر العشرة على الظهار أو يقدم ذكر الظهار على العشرة، مثل أن يقول: أعتقت عبدي عن ظهاري على أن يكون عليك عشرة، أو يقول: أعتقت عبدي على أن عليك عشرة عن ظهاري. ومن أصحابنا من فرق بينهما فقال: إذا قدم ذكر الظهار أجزأه عنه ولم يستحق العشرة، وإن قدم ذكر العشرة استحقها ولم يجزءه عن الظهار، وهذا ضعيف؛ لأن الشرط في الإيجاب لا يثبت ما لم يتم الكلام ويقطع عليه وأتم الكلام ها هنا على العشرة.

وقال القفال: هل يستحق عليه العشرة؟ وجهان؛ أحدهما: يستحق كما في الطلاق إذا قال: طلق امرأتك على عشرة. والثاني: لا يستحق كما لو قال: بعه من فلان ولك عليّ عشرة. ومن قال بالأول فرق بأن له غرضاً في عتق العبد ولا غرض له في بيع ذلك من فلان، فصار كما لو قال: ألق متاعك في البحر على أني ضامن صح إذا كان خوف غرق؛ لأن له فيه غرضاً، ولا يصح ذلك إذا لم يكن ذلك الخوف ولا سبب صحيح، وعلى كلا الوجهين لا يجوز عن الكفارة؛ لأنه لم تتمخض بينة عن الكفارة، فعلى أحد الوجهين استحقاق المخض يمنع الأجزاء، وعلى الوجه الثاني فساد النية. يمنع الأجزاء وهذا حسن، ولكن المشهور ما تقدم وقال بعض أصحابنا بالعراق: كيف تلزمه العشرة وهو لم يرض بإعتاقه عنه، وينبغي أن تكون التسمية فاسدة لبطلان الشرط الذي شرطه؟ ذكره صاحب «الشامل».

مسألة: لو قالَ المعتقُ فِي هذهِ المسألةَ: لا أريدُ العوضَ أعتقتهُ عنْ ظهاريْ جازَ بلا إشكالٍ؛ لأنه تمخضَ العتقُ عنَ الكفارةُ.

ولو قال في جوابه: أعتقته عن كفارتك فالحكم على ما ذكرنا؛ لأن الإيجاب مبني

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٢٩).

[١٥٢/أ] على الاستدعاء، فكأنه قال: أعتقته على عشرة، هذا ذكره عامة أصحابنا. وقال في «الحاوي»(١): فيه وجهان؛ أحدهما هذا. والثاني: يجزئه عن ظهاره لإمساكه عن ذكر العوض ولا شيء على الباذل، ولو أعتقه بعد تطاول الزمان وأمسك عن ذكر العوض ولم يذكره بنفي ولا إثبات جاز عتقه عن ظهاره.

مسألة: قال(٢): «ولو أعتقَ عنهُ رجلٌ عبداً بغيرِ أمرٍ لمْ يجزئُه».

الفصل

إذا كان لرجل عبد فأعتقه عن غيره بغير أمره وهو حي وقع عن المعتق، وكان الولاء له دون المعتق عنه، ولا فرق بين أن يكون أعتقه عن واجب عليه أو غير واجب. وقال مالك: إن أعتقه عنه عن واجب عتق عنه وإلا فلا، وهذا غلط؛ لأنه لو أوقع العتق عن نفسه ولم ينوه لم يجزه وقد باشر العتق، فإذا أعتق عنه غيره أولى أن لا يجوز؛ لأنه فقد النية والمباشرة جميعاً. فإن قيل: أليس لو قضى عنه الدين بغير أمره يجوز؟ قلنا: الفرق أنه لا يحتاج إلى النية بخلاف هذا، وإن كان المعتق عنه ميتاً نُظر، فإن أعتقه عنه تطوعاً ولم يكن أمر به الميت كان العتق عن المعتق ولم يجز عن الميت سواء كان وارثاً أو أو أجنبياً؛ لأن في العتق إلحاق الولاية وهو بمنزلة النسب فلا يلحق به بغير أمره، ويخالف هذا إذا تصدق عن الميت بصدقة فتجزئه ويلحقه ثوابها؛ لأنه ليس من الصدقة ما ذكرناه من المعني، وإذا كان ذلك بأمر الميت ووصيته أجزأه، وإن كان العتق واجباً عليه لا يخلوا إما أن يكون مرتباً، أو غير مرتب، فإن كان مرتباً وكان قد خلف مالاً فالعتق واجب من رأس المال، وإن لم يكن خلف مالاً لا يجب العتق عنه، فإن تبرع به الولي فأعتق عنه أجزأه، وكذلك إن خلف مالاً وهو أعتقه عنه من مال نفسه جاز؛ لأن نيته تقوم مقام نيته، [١٥٢/ب] وللوارث أن يقضي دينه من حيث شاء ويمسك التركة، وإن كان العتق غير مرتب مثل كفارة اليمين، وإن لم يكن أوصي العتق عنه فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز وهو الأصح؛ لأنه وإن كان مخيراً فيه فإن كل نوع يتعين عن الواجب بالفصل. والثاني: لا يجوز؛ لأنه غير متعين عليه فيصير في معنى التطوع، وإن كان قد أوصى العتق عنه في هذه الكفارة جاز بلا إشكال.

مسألة: قال(٣): «ولو أعتقَ فيهِ بجعلٍ أو غيرهِ جازَ والولاءُ لهُ».

إذا كانت عليه كفارة فقال لآخر له عبد: أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه عنه أجزأه سواء كان بعوض أو بغير عوض. وقال أبو حنيفة: يجوز إن كان بعوض؛ لأنه يكون عتق المشتري قبل القبض، ولا يجوز من غير عوض ويقع العتق عن المعتق لا عن السائل؛ لأنه موهوب فلا يمسك قبل القبض، وهو اختيار المزني غير أنه عبر عن اختياره بأن قال: معناه عندي أن يعتقه عنه بجعل، أي قياس مذهبه يوجب عندي أنه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٨١).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٢٩).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٣٠).

إنما يجوز بعوض؛ لأن مذهبه أن الهبة لا تملك قبل القبض، خلاف قول مالك أنها تملك بالعقد، وهذا غلط؛ لأنها رقبة تجزئ عن كفارة المعتق عنه، فإذا أعتقها غيره عنه بأمره أجزأه عنه كما لو شرط العوض. وأما ما ذكره لا يصح؛ لأن العتق بعوض جعل بمنزلة البيع المقبوض، ولهذا يستقر عوضه، فينبغي مع عدم العوض أن يجعل بمنزلة الهبة المقبوضة.

فإذا تقرر هذا نقول: إذا أعتقه عنه يكون استدعاؤه إذا انضم إليه الإعتاق بمنزلة التمليك والقبول فيعتق من ملك الأمر. فإن قيل: متى يملك المعتق عنه، ومتى يزول ملك صاحبه؟ قلنا: فيه أربعة أوجه؛ أحدها: قاله أبو إسحاق: يقع الملك و العتق في حالة واحدة [١٥٣/أ] عقيب الإيجاب بالإعتاق ولا يمتنع ذلك، وإن كانا ضدين تمانع الضدين مما طريقة بالمشاهدة دون الحكم، وها هنا طريقة الحكم. وعلى هذا قال: إذا اشترى أباه يعتقه ويملك عليه بالشراء وهذا ضعيف؛ لأن ما يمتنع في العقل من اجتماع الضدين لا يجوز إثباته في الأحكام؛ لأنه يكون حكماً بالمحال. والثاني: يتبين بالعتق أنه كان مالكاً له باستدعاء العتق ثم عتق عليه بعد الملك بلفظ العتق، وهذا أيضاً ضعيف؛ لأن الإيجاب شرط فيه فلا يتقدم الملك على شرطه. والثالث: يقع الملك والعتق معاً في حالة واحدة، وهذا أيضاً ضعيف لما ذكرنا. والرابع: يملكه بلفظ العتق ويعتق بعد استقرار الملك، وهذا هو الصحيح، واختاره أبو حامد والقاضي والطبري. وعلى هذا إذا اشترى أباه يملكه بالشراء ويعتق عليه بعد استقرار الملك، وهذا لأن وقوع عتقه عنه يقتضي إثبات ولاية له، وذلك لا يكون إلا بتقدم الملك، ثم يقع العتق بحكم اللفظ واقع. . . . اللفظ، ولا يمتنع أن يوجد لفظ العتق ولا يتعقبه العتق لعدم شرطه. ألا ترى أنه لو قال: أعتقه عنك بألف فقال: قبلت، وقع العتق عقيب القبول متأخراً عن لفظه. وفيه وجه خامس: يملكه بأول لفظ العتق ويعتق بآخر لفظ العتق، وهذا قريب من الوجه الثالث. وهناك ما ذكرنا ما قال أصحابنا فيمن دعي إلى طعام فتناوله متى يملك الطعام؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يملكه بالتناول كالموهوب، فعلى هذا إذا تناوله لم يكن لصاحبه الرجوع فيه. والثاني: يملكه إذا وضعه في فيه؛ لأنه يختلط بريقه وهو سبب تعرضه لتلفه فتعلق به الملك. والثالث: يملكه بالابتلاع والإزدراد. فإذا قلنا: يملكه بالتناول هل يجوز أن يطعمها غيره؟ فيه وجهان؛ [١٥٣/ب] أحدهما: له ذلك؛ لأنه ملكه. والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه مأذون في تملكها علي وجه مخصوص كالعارية لا يعيرها. والأول اختيار أبي حامد والقاضي الطبري.

وقال في «الشامل»: الأشبه أنه يقال: هذا إذن بالإتلاف لا تملك فيه، لأن من شرط الهبة لفظها، والأذن في القبض إلا أن يتضمنها العتق خاصة لقوة العتق ولم يوجد هاهنا، ولأن الإذن بالتناول يتضمن إباحة الأكل فلا يجوز أن يحصل به الملك وليس بتمليكه بمطلق، ولو كان ذلك صحيحاً لجاز أن يتناول جميع الذي قدمه إليك ويرده إلى بيته ولا يصح أن يقال: يملك بالوضع في فيه؛ لأنه لم يحصل الأكل المأذون فيه، ولا

يصح أن يقال يملكه بالابتلاع؛ لأنه يبطل به معنى الملك فيه ويصير كالتالف فكيف يملكه وهذا حسن؟ فإن قيل: ما تقولون إذا وهب لغيره عبداً ثم أذن الواهب للموهوب له بالإعتاق فأعتقه قبل القبض هل يجوز أم لا؟ يجوز ويصير كأنه أعتقه بإذنه بعد قبضه. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز هاهنا؛ لأن البيع باللفظ الصريح يخالف البيع لفظ استدعاء العتق بعوض والإيجاب فكذلك الهبة بلفظها الصريح بخلاف الهبة بلفظ استدعاء العتق والإيجاب.

فرع

لو أعتق عبداً عن عامة المسلمين يعتق عنهم دونهم والولاء له. وحكي عن مالك أنه قال: يعتق عنهم والولاء لهم، وهذا غلط؛ لأن فيه إلحاق الولاء بهم من غير رضاهم.

فرع آخر

إذا قال: أعتق عبدك عني غداً ولك عليَّ ألف فأعتق عنه غداً يعتق عنه. قال القفال: وهل يستحق عليه المسعى أو قيمة العبد؟ وجهان؛ والظاهر أنه يستحق المسمى.

مسألة: قال(١): «ولو أعتقَ عبدينِ عنْ ظهارينِ أو ظهارٍ وقتلٍ كلٌّ واحدٍ منهمَا [١٥٤/أ] عن الكفارتين أجزأه».

الفصل

إذا كان عليه كفارتان عن ظهار أو جماع في رمضان، أو ظهار وقتل فأعتق عنهما عبدين فيه أربع مسائل؛ أحديها: أن يعتق أحدهما عن كفارة القتل فيجزئه إجماعاً. والثانية: أن يعتق عبداً عن إحدى الكفارتين لا بعينها، وأعتق الآخر عن الكفارة الأخرى لا بعينها، فيجوز أيضاً؛ لأنه قد أتى بنية التكفير، وإنما فقدت منه نية التعيين، ولا اعتبار بنية التعيين في الكفارة عندنا، سواء اتفقت الكفارتان أو اختلفتا. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يفتقر إلى تعيين النية عند الاتفاق، وتعتبر عند الاختلاف، مثل أن تكون إحديهما عن ظهار والأخرى عن قتل، وهذا غلط؛ لأنها كفارة واجبة فلم يفتقر صحة أدائها إلي تعيين سببها، كما لو كانت عليه كفارة واحدة. والثالثة: أن ينوي عتق كل واحد منهما عن الكفارتين، بأن يقول: أعتقت هذا عن كفارتي، ثم قال: أعتقت هذا الآخر عن كفارتي. نص الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ أنه لا يجوز، ولا يختلف فيه أصحابنا، ولكن اختلفوا في كيفية وقوع العتق عن الكفارتين.

فقال ابن سريج وابن خيران: يعتق كل واحد عن كل واحدة من الكفارتين على التمام؛ لأنه لما أعتق نصفه عن إحدى الكفارتين سرى ذلك إلى الباقي فعتق عنها، وكذلك الآخر، وهذا بيِّن في كلام الشافعي هاهنا؛ لأنه قال: «أجزأه؛ لأنه أعتق عن

(١) انظر الأم (٤/ ١٣٠).

كل واحدة عبداً نصفاً عن واحدة ونصفاً عن واحدة يكمل فيها العتق» فأخبر أنه كمل فيها العتق، وقوله: «أعتق عن كل واحدة عبداً تاماً عن واحدة ونصفاً عن واحدة» إخبار عن فعل المعتق أنه هكذا فعل، ولكن انقلب ذلك وسرى على ما ذكرنا، وهذا اختيار أبي حامد، وذكر أنه نص عليه في «الأم» هكذا.

ومن أصحابنا [١٥٤/ب] من قال: يعتق كل واحد منهما عن الكفارتين؛ لأنه هكذا نوي، فلا يجوز أن يقلب عما نوى، كما لو وجب عليه كفارتان فأعتق عبداً عن إحديهما لا ينقلب إلى الأخرى، وهذا أظهر من كلام الشافعي هاهنا. وقوله: «فكمل العتق فيهما» أي: كمل من طريق الحكم فجاز، لا أنه كمل من طريق السراية. وفائدة هذا الخلاف لا يتبين في هذه المسألة، وإنما يتبين في مسألة أخرى، وهو إذا كان له نصف عبدين فأعتقهما عن كفارته وهو معسر. فعلى قول ابن سريج لا يجوز بحالٍ؛ لأن الله تعالى أمر بعتق رقبة كاملة وهذا لم يعتق رقبة كاملة، ولأن ما أمر بصرفه إلى شخص واحد في الكفارة لم صرفه إلى اثنين كالمد من الطعام، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة. وعلى قول القائل الثاني يجوز بكل حالٍ، وبه قال أحمد؛ لأنه ينظم أحد النصفين إلى الاخر فتكون رقبة كاملة، ولأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمتنع منه العيب اليسير كما في الزكاة فإن من ملك ثمانين شاة مشتركاً كان بمنزلة إن تملك أربعين، ولا يلزم على هذا إذا ضحى بنصف شاتين لا يجوز لأنه يمتنع منها العيب اليسير.

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً ثالثاً أنه إن كان باقيهما حراً يجوز، وإن كان رقيقاً لا يجوز؛ لأنه إذا كان الباقي حراً فقد كمل الأحكام فيه ووجد مقصود الحرية، بخلاف ما لو كان الباقي رقيقاً، والأول أظهر؛ لأن تكميل الأحكام لم تحصل بما أعتقه عن الكفارة، وإنما حصل بانضمام عتق النصف الآخر فلا يجوز.

فرع

لو أخرج في الزكاة نصفي شاتين بدل شاة، هل يجوز؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، وهو قول عامة أصحابنا. والثاني: يجوز، وهو اختيار الأصطخري [١٥٥/أ] وكان يقول: لا أعلم خلافاً بين أصحابنا في الممتنع إذا ذبح نصفي شاتين يجوز، وأن نصفي رقبتين في وجوب زكاة الفطر بمنزلة رقبة واحدة، وعندي أن في الممتنع إذا ذبح نصفي شاتين يجوز على قياس قول أصحابنا؛ لأنه يمتنع بالعيب اليسير كالأضحية.

مسألة: قال[١]: «ولو كانَ ممَن عليهِ الصومُ فصيامَ شهرينِ متتابعينِ عِنْ أحديهمَا كانَ له أنْ يجعلَه عنْ أيهمَا شاءَ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٣٠).

الفصل

قد بينا أن الكفارة لا تحتاج إلى نية التعيين، ولكن تحتاج إلى النية. قال الشافعي في «الأم»[1]: ولا تجزئة الكفارة حتى ينوي مع التفكير أو قبله» واختلف أصحابنا في جواز تقديم نية الكفارة عليها الظاهر هذا الكلام، فمنهم من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز إلا مع الفصل كما لا يجوز في الصلاة وهو الأظهر. وأراد الشافعي بما ذكر أنه ينوي قبله واستصحب النية، وهو كالوجهين في نية الزكاة؛ أحدهما: عند عزلها، والثاني: عند دفعها. ولا إشكال أنه لا تجوز النية قبل أن يتعين له العبد الذي يعتقه والطعام الذي يطعمه، والوجهان بعد تعيين العبد والطعام.

فإذا تقرر هذا لو كان عليه كفارتان فصيام عن إحديهما شهرين متتابعين وهو معسر جاز، وهو بالخيار إن شاء عين الأن عن أحدى الكفارتين ثم يصوم شهرين آخرين عن الكفارة الثانية، وإن شاء تركها كما هي ويصوم شهرين آخرين عن كفارة أخرى لا يعينها، فإن عينها عن إحدى الكفارتين ثم أراد أن يصدفها إلى الآخر فليس له ذلك، كما لو أحرم إحراماً موقوفاً له أن يصرفه إلى أي النسكين شاء من الحج والعمرة، فلو صرفه إلى أحدهما ليس له أن يصرفه إلى الآخر بعد ذلك. ولو صام أربعة أشهر عن كفارتين ونوى أن كل يوم عنهما أو يوم عن هذا ويوم عن ذاك، [١٥٥/ب] أو شهر عن هذا وشهر عن ذاك لم يجز؛ لأن التتابع شرط. ولو كان عليه ثلاث كفارات وكان له رقبة فأعتقها عن إحديهما صام عن الأخرى، ثم مرض فأطعم عن الثالثة ونوى بالجميع الكفارة جاز؛ لأنه قد أتى بكل واحد من هذه الأجناس وهو من أهله فجاز، ولو عين الكفارة فأخطأ، مثل أن كانت عليه كفارة القتل لا غير فنوى عن كفارة الظهار لم يجز؛ لأن أصل النية واجب، وإن لم يكن التعين واجباً، فإذا أخطأ في التعين لم يجز، وهذا كما لو أخرج خمسة دراهم زكاة ونوى عن أحد ماليه جاز بعد ما كانت زكاة كل واحد منهما دراهم كما أخرج، ولكن لو عين عن أحدهما ثم بان أنه كان تالفاً لم يجز عن الآخر وعند الإطلاق لو بان تلف أحدهما تعين ما أدى عن الآخر، وكذا إذا صلى على جنازة فلا حاجة إلى أن يعرف أنه رجل أو امرأة، فلو عين وأخطأ لم يجزه.

فرع

لو قال لعبديه: أحدكما حر عن ظهاري أجزأه وتعين العتق.

فرع آخر

لو قال: إن كان ذا المقبل عبدي سالماً فهو حر عن ظهاري، فكان ظاهر المذهب أنه لا يجزيه، كما لو قال لمكاتبه: إن عجزت فأنت حر عن ظهاري لم يجز.

مسألة: قال[2]: «ولو وجبتَ عليهِ كفارةٌ فشكَ أَنْ يكونَ مِن ظهارٍ أو قتلٍ أو نذرٍ،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣١).

فأعتقَ رقبةَ عن أيهمَا كانَ أجزأَه».

إذا كان عليه كفارة ولم يعلم سببها فأعتق عنها رقبة أجزأه؛ لأن المأخوذ عليه أصل النية وقد وجد، فإن نوى عن الكفارة التي عليه جاز بلا إشكال. وقول الشافعي: «أو نذر» أراد به النذر الذي يجري مجرى اليمين وهو نذر اللجاج، فأما نذر البرر لا يكفي فيه نية التفكير. بل يحتاج إلى أن يأتى فيه إلى نية النذر، ولو أعتق في مسألتنا عبداً ينوي به [١٥٦/أ] العتق مطلقاً لا يجوز،؛ لأن الظاهر من العتق المطلق، المطلق المتطوع به. وكذلك لو نوي عتقاً واجباً لا يجوز؛ لأن الواجب قد يكون عن كفارة وقد يكون عن غيرها، ولو لم يكن عليه إلا المنذور فأعتق رقبة عن الواجب الذي عليه جاز في ظاهر نص الشافعي.

مسألة: قال(١): «ولو أعتقهَا لا ينويَ واحدةً منهَا لمْ يجزئْهُ».

قد بينا أن النية شرط في صحة الكفارة، وصفتها أن ينوي عتقها عن الكفارة، فإذا زاد الواجبة كان تأكيدا واعلم أن ها هنا إشكالاً وذلك أنه عطف بهذا على المسألة قبلها؛ وظاهر أن التعين واجب بلا خلاف ما قبلها، وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: يحتمل أن يكون مراد الشافعي بقوله: «لا ينوي واحداً منها» راجعاً إلى الصفة، أي لا ينوي الواجب عند العتق؛ لأن كل واحدة منهما واجبة فلا بد من أن ينوي واجباً واحداً من الواجبات التي شك فيه حتى يجزيه، ويحتمل معنى آخر، وهو أن ينوي بالعتق ما يتعين أنه غير واجب عليه، ثم يستبين أن الواجب غيره على ما ذكرنا.

مسألة: قال(٢): «ولو ارتدَ قبلَ أن يكفرَّ فأعتقَ عبداً عَنْ ظهارِهِ فإنَ رجعَ أجزأهُ».

إذا وجب عليه عتق رقبة فارتد ثم أعتق، ومن أصحابنا من قال: هذا مبني على تصرفه وملكه وفيهما ثلاثة أقوال: أحدها: تصرفه باطل وملكه زائل. والثاني: تصرفه نافذ وملكه باق. والثالث كلاهما مراعى الوقوف. فإن قلنا: ملكه باق وتصرفه نافذ يجوز أن يعتق عن الظهار من ماله، ولو كفر بالإطعام فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز كالعتق. والثاني: لا يجوز؛ لأنه بدل عن الصيام الذي لا صلح منه، فأجرى على البدل حكم المبدل، هكذا ذكره صاحب «الحاوي»(٣) وسائر أصحابنا [١٥٦/ب] لم يفصلوا بين العتق والإطعام بوجه، ولو صام في ردته لا يجوز، والفرق لأن الصوم عبادة بدنية محضة لا منفعة فيه للآدمي بحال، فالكفر يمنع جواز أدائه، وفي هذا نفع للآدمي، والأغلب فيه معنى الغرامة فجاز مع الكفر، ولأن الصوم عمل البدن لا يدخل فيه النيابة، وهذا يجري مجرى النيابة حتى لو أناب فيه كافراً، فجاز إذا كان المؤدي كافراً. فإن قيل: أليست الأعمال بالنيات والكافر ليس من أهل النية في حال كفره وجود نيتة وعدمها بمنزلةٍ والكفارة عبادة تفتقر إلى النية، فكيف صحت من المرتد في

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٣١).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣١).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٩٠).

حال ارتداده؟ قيل: في الكفر بالمال معنيان؛ أحدهما: التطهير عن الذنب. والثاني: الإرفاق بأهل الحاجة، فلئن لم يحصل بتفكيره في الردة معني التطهير فقد حصل معنى الإرفاق، ونظيرها الحد يتضمن التنكيل والتطهير ويوجب الحد على الكافر على وجه التنكيل لا على وجه التطهير، ولا نعتبر فيه نية القربة بل يكفر نية الكفارة فقط، كما ينوي في كنايات الطلاق والعتاق، أو نقول: النية تابعة في الكفارة والفعل مقصود إرفاقاً بالغير، فإذا حصل الفعل في حال تعذر النيية سقط الفرض، ولهذا قلنا في الزكاة: إذا امتنع من أدائها فأخذها الإمام من غير نية منهما جاز. وإن قلنا: تصرفه باطل وملكه زائل لا يجوز عتقه عن الكفارة أيضاً. وإن قلنا: تصرفه وملكه موقوفان فعتقه أيضاً موقوف، فإن أسلم تبينا جوازه عن الكفارة، وإن قتل تبينا أنه لا يجوز، ومن أصحابنا من قال: يجوز أن يكفر عن الظهار من ماله. وإن قلنا ملكه زائل وتصرفه مردود أو مراعى؛ لأنه استحق عليه قبل الردة فهو كالدين والزكاة والقصاص وحد القذف [١٥٧/أ] كما صح أداءه الدين أو القود أو الحد، فكذلك الكفارة.

باب ما يجزئ من العيوب في الرقاب الواجبة

مسألة: قال(١): «لمَا لمْ اعلمْ أحداً ممَن مضىٰ مِنْ أهلِ العلمِ ولا ذكرَ لي عنهُ ولا بقيَ من خالفٍ فِي أَنْ من ذواتِ النقصِ مِنْ الرقابِ مَا لَا يجزىء».

الفصل

قال الشافعي: «لا خلاف بين أهل العلم» وأراد أهل العلم المتقدمين. وقوله: «ولا بقي» أراد ممن بقي أن بعض العيوب يمنع الجواز في الكفارة وبعضها لا يمنع. وحكى عن داود أنه قال: يجوز مع كل عيب وهو كان بعد الشافعي، واحتج بأن اسم الرقبة يقع عليه وهذا غلط؛ لأن المقصود بالعتق في الكفارة تكميل الأحكام وتمليك المنفعة، وهو أن يصير بالحرية جائز بالشهادة، ثابت الولاية، ما مضى التصرف، وتمليك المنفعة أن يصير بالحرية مالكاً لمنافع نفسه، فيجب أن يكون كامل المنافع، ولأن العتق أحد لا مايكفر به فلا يجوز ما يقع عليه الاسم أصله الإطعام، فإنه لا يجوز فيه المسوس، وإن كان اسم الطعام يقع عليه.

فإذا تقرر هذا نقول: كل عيب في الرقبة يضر بالعمل ضرراً لا يمنع جوازها في الكفارة وكل عيب لا يضر بالعمل ضرراً بيناً لا يمنع جوازها في الكفارة، وهو كالبيع ما يؤثر في مقصوده يعد عيبا، وما لا يؤثر في مقصوده لا يعد عيباً، فعلى هذا نقول الأعمى لا يجوز؛ لأنه عاجز عن الإكتساب فلا يمكن العمل مع العمى في أكثر الصنايع والأعور لا يجوز؛ لأن ما يعمل ذو العينين يعمل الأعور ويخالف الأضحية،

(١) انظر الأم (٤/ ١٣١).

ولا يجوز فيها الأعور؛ لأن العين مقصودة بالأكل وهو المقصود فيه [١٥٧/ب] وها هنا المقصود ما ذكرنا.

فرع

لا يجوز الزمن سواء كان أقطع اليدين أو إحديهما، أو أقطع الرجلين أو إحديهما، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: مقطوع اليد والرجل من خلاف يجوز، وإن كان من وفاق كلاهما من جانب واحد لا يجوز، واحتج بأن منفعة الجنس باقية مع قطع إحدى اليدين وإحدى الرجلين وهذا غلط؛ لأن هذا النقص يؤثر في العمل ويضر به ضرراً بيناً كما لو كانا من وفاق.

فرع آخر

إذا كان مقطوع الإصبع نظر، فإن كان مقطوع الإبهام أو السبابة أو الوسطى لا يجوز، وإن كان مقطوع البنصر والخنصر من يد واحدة لا يجوز، وإن كان مقطوع الخنصر والبنصر من اليدين أجزأه، وإن كان مقطوع الخنصر أو البنصر من يد واحدة يجوز أيضاً؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً.

فرع آخر

لو كان هذا في الرجل، قال ابن أبي هريرة: لا فرق بين أن يكون ذلك من اليد أو الرجل؛ لأنه يزول به معظم القوة من المشي كما يزول معظم القوة من البطش، هو اختيار القاضي الطبري. وقال في «الحاوي»[(١)]: قطع إبهام الرجل يمنع الجواز؛ لأنه يضر بالمشي. وأما غير الإبهام إذا قطع أحدهما من سبابة أو وسطى أو بنصرأو خنصر لا يمنع الجواز بخلاف اليد؛ لأن منافعها في الرجل متقاربة، وفي اليد متفاصلة فإن قطع إصبعين منها في رجل واحدة لا يجوز؛ لأن اجتماعهما مضر بالمشي. وقال القفال: مفقود أصابع الرجل يجوز؛ لأنه لا يذهب به أكثر المشي ولم يذكر غير هذا وهو غريب، والصحيح ما ذكره صاحب «الحاوي».

فرع آخر

شلل الإصبع فيما ذكرنا يقوم مقام قطعها، فإذا منع القطع منع الشلل. [١٥٨/أ]

فرع آخر

لو كان مقطوع الأنملة، فإن كان من الإبهام لا يجوز، وإن كان من سائر الأصابع جاز، حتى لو كانت السبابة والوسطى والبنصر والخنصر مقطوعة الأنامل كلها جاز؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً، وإن كان مقطوع الأنملين لم يجز إذا كان من الإصبع التي يمنع تقدمها الجوار وهي الأصابع الثلاثة من الإبهام والمسبحة والوسطى، فأما الخنصر أو البنصر ففقدها لا يمنع جوازها عن الكفارة، ففقد أنملتين أولى بأن لا يمنع.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٣٩٣).

فرع آخر

مقطوع الأذنين يجوز في الكفارة، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وزفر: لا يجوز؛ لأنه يجب فيهما الدية كا ليدين، وهذا غلط؛ لأن قطعهما لا يضر بالعمل ضرراً بيناً، وإنما يورث نقصان السمع.

فرع آخر

يجوز الأجدع وغيره أولى منه بالخروج من الخلاف، وإنما جاز لأنه لا يؤثر في العمل.

فرع آخر

يجوز مفقود الأسنان، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لايجوز لأن منفعة المضغ ذاهبة وهذا غلط؛ لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً.

فرع آخر

الأصم يجوز؛ لأنه لا يضر بالعمل بل يزيد العمل لأنه لا يسمع بالسفلة عنه، وقد قال الشافعي: «فإن كان أبكم وأصم يعقل أو أحمق أو ضعيف البطش أجزأه». وقال بعض أصحابنا بخراسان: الصمم كالخرس، وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

الأبكم الذي ولد أخرس، والأخرس هو الذي خرس بعد الولادة وقد ذكرنا حكمه. قال المزني: أولى قوليه أنه يجوز، وهو كما قال، وليست المسألة على قولين لما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه جارية خرساء، فقال: يا رسول الله، علي رقبة [١٥٨/ب] فهل تجزئ عني هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟» فأشارت إلى السماء. فقال لها: «من أنا؟» فأشارت إلى أنه رسول الله، فقال: «أعتقها فإنها مؤمنة»(١).

فرع آخر

الأحمق هو الذي يقارف الفعل أو القول وهو يعلم قبحه فيجوز عتقه عن الكفارة، وقيل: الأحمق الأخرق العاقل، فأما من لا يعلم قبح ما يأتيه من القول والفعل فإنه مجنون، وحكمه أنه إن كان مطلقاً لا يجوز.

فرع آخر

قد ذكرنا أن إعتاق المجنون عنها لا يجوز إذا كان الجنون مطبقاً؛ لأن الجوارح وإن كانت باطنية فملاك منافعها العقل، وإن كان يجن ويفيق قال الشافعي: يجوز. قال أصحابنا: الاعتبار فيه بالغالب، فإن كان الغالب الإفاقة جاز، وإن كان الغالب الجنون

(١) تقدم تخريجه.

لا يجوز، وإن كان يجن ويفيق قال الداركي: لا يجوز، وينبغي أن يكون زمان إفاقته أكثر، وظاهر ما قال أصحابنا أنه يجوز.

فرع آخر

لو كان زمان إفاقته أكثر ولكنه يبقى في زمان إفاقته سدراً مصعوقاً لا يقدر على العمل إلا بعد حين لا يجوز، وإن كان يزول عنه السدر ويقدر على العمل يجوز.

فرع آخر

في الأبله ينظر فإن كان بله بلادة ودهش لم يجزءه؛ لأنه يؤثر في العمل، وإن كان بله سلامة وقلة فطنة أجزأه.

فرع آخر

يجوز الأقرع، والأبرص، والرتقاء، والمجنون؛ لأنه لا يمنع العمل والاكتساب.

فرع آخر

يجوز ولد الزنا وغيره أولى لرفع الخلاف. وقال الزهري والأوزاعي: لا يجوز لقوله ﷺ: «ولد الزنا شر الثلاثة»[1] وهذا غلط؛ لأنها رقبة سليمة الخلق كاملة الرق، فأشبه صحيح النسب. وأما الخبر له أربع تأويلات [١٥٩/أ] أحدها: أنه شر الثلاثة ذكراً؛ لأنه يذكر أبداً أنه ولد الزنا إذا سئل عن أبيه. والثاني: أنه شر الثلاثة نسباً؛ لأنه لا ينسب إلى أب. والثالث: أنه شر الثلاثة إن كان زانياً؛ لأنه قد جمع بين الزنا وفساد النسب. والرابع: أنه ذكر ذلك عن طريق التعريف؛ لأنه كان واحداً من ثلاثة وقد عرفوا بالشر، فقال: ولد الزني فيهم شرهم، كما يقال: المشتمل بثوبه هو شر الجماعة للتعريف لا لإشتماله الثوب. وقيل: أراد نسبه ضائع لا يستدرك وهما يستدركان حال أنفسهما بالتوبة.

فرع آخر

يجوز قصير الخلق إذا كانت خلقته صحيحة ولم يعجز عن العمل، فإن عجز عن العمل لا يجوز، وإن كان موجود العمل من بعيد يجوز.

فرع آخر[2]

لو كان مريضاً، قال الشافعي رحمة الله عليه: «إن كان يرجى برؤه أجزأه، وإن كان لا يرجى لا يجوز، وهو مثل السل ونحوه. قال أصحابنا: والشيخ الكبير مثله إن كان يرجى عمله يجوز، فإن كان عاجزاً عن الكسب والعمل لا يجوز.

فرع آخر

لو كان به شجاج لم يندمل منها، فإن كانت دون مأمومة الرأس وجائفة البدن يجوز؛

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣١١)، وأبو داود (٣٩٦٣)، والحاكم (٤/ ١٠٠).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٩٤).

لأنها غير مخوفة، وإن كانت مأمومة الرأس أو جائفة لم يجز؛ لأنهما قبل الإندمال مخوفان.

فرع آخر(١)

الأعرج إذا كان خفيف العرج لا يضر العمل بنقصان مشيه يجوز، وإن كان عرجاً شديداً لا يجوز. وقيل: يعتبر في الرقبة التي تجزئ عن الكفارة خمس شرائط؛ أحدها: الإسلام. والثاني: السلامة من العيوب. والثالث: كمال العقل. والرابع أن لا يكون معتاطاً فيها. والخامس: النية، وهذا حسن، وتفصيله ما ذكرنا [١٥٩/ب].

باب من له الكفارة بالصيام

مسألة(٢): [قال]: «من كانَ لهُ مسكنٌ وخادمٌ لا يملكُ غيرهُ وَلَا مَا يشتريَ بهِ مملوكاً كانَ لهُ أَنْ يصومُ».

الفصل

إذا وجبت عليه كفارة وله خادم لا يملك غيره، وبه حاجة إلي خدمته إما لضعفه أو لمروته فإنه ممن لا يخدم نفسه؛ لا يجب عليه إعتاقه وقد يجوز له أن يصوم وبه قال أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي: لا يجوز أن يصوم ويجب عليه إعتاقه، ووافقنا أبو حنيفة أنه لو كان معه ثمن الرقبة وهو يحتاج إليه لا يلزمه شراء الرقبة، وعند مالك والأوزاعي يلزمه شراءها وهذا غلط لأن حاجته تستغرقه فصار كالعادم كما لو وجد الماء وهو يحتاج إليه للعطش؛ يجوز له الانتقال إلى التيمم، ولا يلزمه التوضيء به.

فرع آخر

له رقبة تخدمه ولكنه غير محتاج إليها، لم تجر عادة مثله الخدمة؛ فيه وجهان: أحدهما: وهو الأصح لا تضاف تلك إلى كفايته وتكون فاضلة عنه يلزمه التكفير بها وبه قال أكثر أصحابنا، والثاني: أنها من كفايته لكونها من كفاية غيره، وإن من يخدم نفسه فلعدم القدرة على من يخدمه، وكان الداركي يحكي عن أبي إسحاق أنه قال: يحتمل أنه يقال: لا يلزمه إعتاقها لأن على الإنسان مشقة في خدمة نفسه ولهذا لا يلزمه أن يبيع مسكنه، وإن كان مثله يبيت في المدرسة أو المسجد لأن عليه في البيتوتة في المسجد مشقة عظيمة؛ فسومح فيه كذلك هاهنا.

فرع آخر

لو كان الخادم ثميناً يمكنه بيعه وشراء من يخدمه ببعض ثمنه وسوى رقبة الكفارة بالفاضل عنه لزمه ذلك ولا يجزيه الصوم، وهذا لأنه لا ضرر عليه فيه. وكذلك لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله [١٦٠/أ] يمكنه أن يبيعها ويشتري بثمنها ما يكفيه من لباسه ورقبة يعتقها عن الكفارة، وكذلك لو كان له مسكن واسع كثير الثمن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٤٩٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣٣).

يمكنه أن يبيعه ويشتري مسكناً آخر بقدر حاجته ويفضل ما يشتري به رقبة يمكنه إعتاقها يلزمه ذلك.

فرع آخر

لو أمكن بيع المسكن في محلته وشري مسكن آخر في محلة أخرى ببعض وشري فيه للكفارة بالفاضل عنه، ظاهر ما قال أصحابنا أنه يلزمه ذلك. وقال القفال: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: لا يكلف ذلك لأنه يشق عليه الجلاء عن وطنه.

فرع آخر

لو كانت معه بضاعة لا تكفيه قال ابن أبي هريرة: تكون كفارته كفارة المعسر فيجوز له الصوم ولهذا جاز له أخذ الزكاة معها. ومن أصحابنا من قال: كفارته كفارة الموسر ولا يجزيه الصوم لأن حاجته إلى البضاعة أخف من حاجته إلى المسكن والخادم والأول أصح.

فرع آخر

إذا كان غائباً عن بلده لا يقدر على العتق وهو في بلده موسر واحد المعتق، فإن كان في كفارة القتل أو الفطر لم يجز له الانتقال إلى البلد، بل يكون في ذمته إلى أن يصل إلى ماله، وإن كان في كفارة الظهار فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له الانتقال إلى الصوم لوجود الأصل في ماله، ولا يخاف بتأخيره فوات عباده وهو أصر بنفسه حيث ظاهر، والثاني: يجوز الانتقال إلى الصوم لأن الضرر يلحقه ولحق امرأته بالصبر في ذلك لأن لا يجوز له وطأها حتى يكفر.

فرع آخر

لو وجد ثمن الرقبة ولا يجد رقبة يشتريها؛ قال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه الصبر إلى أن يجد الرقبة، ولا ينتقل على الصوم بخلاف المحصر، إذا وجد الثمن ولم يجد الهدي يصوم ولا يلزمه الصبر لأن عليه ضرراً [١٦٠/ب] في ذلك والإحضار سبب هو معذور فيه، وعلى قياس ما تقدم يحتمل وجهاً آخر أنه لا يلزمه الصبر للضرر.

فرع آخر

لو وجد رقبة باع منه نسيئة ولد مال ببلد آخر، قال بعض أصحابنا: يجب الشراء، وعندي أنه لا يجب ذلك لأنه إنما يملك ماله قبل توفر ثمنها منه فيلحقه الضرر.

فرع آخر

لو وهب منه رقبة، أو عرض عليه إعتاقها عنه لا يلزمه قبولها لأن ذلك منه عظيم.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: من المادة من كفايته ولا يلزمه الإعتاق حتى يفصل منها ما يمكنه أن يشتري به رقبة وهي من إحدى جهات ثلاث؛ إما من استغلال عقار، أو ربح

تجارة، أو كسب صناعة. فأما استغلال العقار فقد يكون تارة أرضاً تزرع، وتارة شجرة تستثمر، وتارة أبنية تؤجر، ومثله أن يكون ماشية تحتلب فإن ملك منها ما يكون غلته وفق كفايته من غير زيادة كانت هذه الأصول من جملة كفايته فيجزيه الصوم ولا يلزمه العتق، وإن كانت تزيد على كفاييته يلزمه صرف الزيادة إلى العتق، فإن نقصت عن قيمة رقبة يجزيه الصوم، وأما ربح التجارة إن كان يملك من رأس المال ما يكون ربحه وفق كفايته كان رأس المال من جملة الكفاية، ويكفر بالصوم، وإن زاد تلزمه الرقبة من الزيادة، وأما كسب الصناعة فإن كان وفق الكفاية يجوز الصوم، وإن كان لكثر ينظر فإن كان لا يجتمع قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير عن وقته لم يلزمه جمعها للعتق، وله أن يكفر بالصوم، وإن كان يبلغ قيمة الرقبة في ثلاثة أيام فما قاربها، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق وجهان أحدهما يلزمه جمعها والتكفير بالعتق لأن قادر عليه، والثاني وهو الأشبه لا يلزمه [١٦١/أ] ذلك ويجوز أن يكفر بالصوم لأنه في وقت وجوب العتق غير قادر فعلى هذا إن لم يدخل في الصوم حتى جمع فاضل الكسب فبلغ قيمة الرقبة فيه قولان بناءً على أن الاعتبار بوقت الوجوب أو بوقت الأداء.

مسألة[١]: قال: «فإنْ أفطرَ مِنْ عذرٍ أو غيرِهِ، أو صامَ فيهَا تطوعاً».

الفصل

إذا أراد أن يصوم شهرين عن الظهار أو الجماع في رمضان أو القتل يلزمه أن يتابع بين أيامها ولا يفطر ولا يصوم عن غيرها فإن أفطر لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون بعذر، أو بغير عذر، فإن كان بغير عذر لزمه الاستئناف، وإن كان لعذر؛ فالعذر على ثلاثة أضرب: حيض، ومرض، وسفر. فأما الحيض فلا يقطع التتابع قولاً واحداً لأنه ينافي الصوم من غير أن يكون لها فيه صنع بوجه، ولا يمكن الاحتراز منع في شهرين، وأما المرض ففيه قولان؛ أحدهما قاله في «القديم» أنه مثل الحيض لا يقطع التتابع، وبه قال أحمد ومالك، واختاره المزني، وروي ذلك عن ابن عباس، ووجه هذا أنه أفطر بسبب لا يتعلق باختياره فأشبه إذا أفطرت بالحيض ولهذا سوي بين حكم المرض والحيض في الفطر في صوم رمضان، والثاني: قاله في «الجديد» وهو قول أبي حنيفة أنه يقطع التتابع لأن المريض يفطر بفعله واختياره بخلاف الحائض. وأما السفر فإن قلنا المرض يقطع التتابع فالسفر أولى لأن الفطر وسبب الفطر كانا باختياره. وإن قلنا: المرض لا يقطعه ففي السفر قولان؛ أحدهما: لا يقطع لأن الله تعالى سوى بينه وبين المرض في إباحة الفطر في رمضان وجعلهما عذرين فيه كذلك هاهنا، والثاني: يقطع لأن السفر كان باختياره بخلاف المرض. وقال القاضي الطبري: الصحيح أنه

(١) انظر الأم (٤/١٣٣).

يقطع التتابع قولاً واحداً ولا أعرف فيه القول الآخر للشافعي، وإنما نص في «القديم» على المرض وحده. [١٦١/ب]

فرع

لو أفطرت بالنفاس هل يبطل التتابع أم لا؟ فقال جماعة أصحابنا: هو كالمرض، ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما هذا، والثاني: يبطل التتابع لأنه ليس بغالب ويقدر علي صوم شهرين لا نفاس فيهما.

فرع آخر

لو أفطر بالجنون أو الإغماء قال جماعة أصحابنا هو كالمريض، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: بالمرض لا ينقطع التتابع فهذا أولى، وإن قلنا بأنه ينقطع به التتابع فيه قولان؛ أحدهما: يقطعه لإمكان خلوه في الأغلب من هذا والثاني: لا يقطعه لأنه ينافي الصوم كالحيض خلاف المرض.

فرع آخر

الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما فأفطرتا فهو كالفطر بالمرض، وإن كان الخوف على الولد فأفطرتا له فإن قلنا في المرض يبطل التتابع فهاهنا أولى، وإن قلنا المرض لا يقطع التتابع فيه وجهان؛ أحدهما: لا يبطل، والثاني: يبطل لأن العذر في غيرهما والفطر باختيارهما، ولهذا يلزمهما الفدية دون المريض، ومن أصحابنا من قال: يبطل في حق المرضع دون الحامل كما لا يلزم الفدية في أحد الأقوال على المرضع دون الحامل.

فرع آخر

لو أكره على الفطر في أثناء الشهرين، فإن كان أوجر الطعام في حلقه لم يفطر قولاً واحداً، وإن أكره حتى أكل بنفسه هل يفطر؟ قولان؛ فإذا قلنا يفطر هل يبطل تتابعه قولا؛ أحدهما: يبطل تتابعه ولا ينافي الصوم، والثاني: يبطل لأنه معذور فيه كالمرض، وقيل قول واحد؛ يطل. وهو اختيار الداركي، والطريقة الأولى اختارها صاحب «الحاوي»[1].

فرع آخر

إذا أوجبنا التتابع في صوم كفارة اليمين في أحد القولين، وكانت لها إبانة معلومة للحيض فابتدأت الصوم في وقته يتخلله الحيض يبطل التتابع، وإن لم يكن لها معلومة قال أصحابنا: يحتمل وجهين، وظاهر [١٦٢/أ] المذهب أنه يبطل التتابع لإمكان الاحتراز من تخللها.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٠/ ٥٠١).

فرع آحر

إذا تخللها رمضان أو يوم العيد يستأنف ويبطل التتابع قولاً واحداً لأنه إن كان عالماً فهو متعد، وإن كان جاهلاً فهو مفرط لأنه يمكنه الاحتراز منه عن غير مشقة. واعلم أنه لا يتصور أن يتخلل الشهرين عند الفطر لأن زمان شهر رمضان يسبقه في قطع التتابع ويتخللها يوم النحر، ولا يتصور تخلل أيام التشريق أيضاً لأن يوم النحر يسبقها وانقطاع التتابع به لا بما بعده، وقال أحمد: لا ينقطع التتابع به لأن فطره مستحق كما في زمان الحيض، وهذا غلط لما ذكرنا، ويفارق الحيض لأنه لا يمكن الاحتراز منها، ولو ابتدأ بصوم شهرين من يوم الفطر لا يصح صومه فيه ويصح صيامه بقية الشهر وصوم ذي القعدة يجب له ولا فرق في شهر ذي القعدة بأن يكون ناقصاً أو كاملاً، وأما شوال فلم يصح جميعه لأنه لا يصح الصوم في يوم الفطر فإن كان شوال تاماً صام أو يوم من يوم ذي الحجة ويكفيه، وإن كان ناقصاً صام من أول ذي الحجة يومين ليكمل ثلاثين يوماً وإن ابتدأ بصيام التشريق فهو مبني على ما قال أصحابنا، وهو أن في أيام التشريق هل يجوز صوم المتمتع قولان؛ فقيل: خص المتمتع به لرخصة رسول الله ﷺ، وقيل: على هذا القول يجوز أن يصوم فيها كل صوم له سبب، فإن قلنا بهذا كان ابتداء الصوم في الكفارة من أولها، وإن قلنا لا يصح صومها وهو المذهب الذي كان ابتداء الكفارة من الرابع عشر من ذي الحجة ويكون صوم المحرم معتبراً بالهلال تاماً كان أو ناقصاً ويكمل تمام الثلاثين من شهر صفر وأما قول الشافعي: أو من الأيام التي نهى رسول الله ﷺ عن صيامها أراد هذه الأيام الخمسة ولم يرد به [١٦٢/ب] يوم الشك، فإذا ختم به الشهرين ولم يتبين أنه كان من رمضان أجزأه.

فرع آخر

إذا قلنا: يشترط التتابع في صوم كفارة اليمين في قول: فمرض أو سافر في أثناء الصوم فأفطر فإن قلنا ينقطع التتابع به في صوم الشهرين فهاهنا أولى وإن قلنا: لا ينقطع التتابع به هناك، فهاهنا وجهان؛ وقيل: هذا الاختلاف لا يتصور في كفارة اليمين لأن في «الجديد»: لا يشترط التتابع فيه وفي «القديم»: يشترط التتابع والمرض في قوله القديم: لا يبطل التتابع فلا يتصور ذلك لا على قوله الجديد ولا على قوله القديم.

فرع آخر

إذا أفطر على أن الشمس غربت فأخطأ أو على أن الفجر لم يطلع وكان قد طلع ينقطع التتابع لأنه مفرط فيه، وكان يمكنه التوقف حتى يتبين الحال. وذكر والدي وجهاً آخر: أنه لا ينقطع لأنه معذور.

فرع آخر

قال القفال: قال الشافعي: لو غير النية في غير أيام التشريق إلى صوم القطوع بطل التتابع قال: وهذا دليل على صحة أحد وجهي أصحابنا، فمن نوى بالخروج من الصوم

بطل صومه لأنه أبطل تتابعه بنفس تغير النية والكلام في تغير النية إلى الفطر؛ وإلي التطوع هاهنا واحد، ويمكن أن يتناول كلام الشافعي فيقال: أراد غير النية في انعقاد اليوم فبطل قبل انعقاد الصوم أو غير في الليل بصوم الغد.

فرع آخر

إذا شرع في صوم شهرين متتابعين فصام يوماً فصام يوماً بل يلزمه الشروع في اليوم الثاني حتماً. أو له تركه ليستأنف في اليوم الثالث، قال والدي رحمه الله: يلزمه الشروع في صوم اليوم الثاني لأن صوم الشهرين كصوم يوم واحد لأن فساد بعضهما يؤدي إلى الباقي، ولو شرع في صوم للفرض لم يترك الصوم في أثناء اليوم فلذلك هاهنا. [١٦٣/أ]

مسألة(١): قال: «إذا صامَ بالأهِلَّةِ صامَ شهرينِ».

الفصل

إذا ابتدأ التكفير بالصوم من أول الشهر يصوم شهرين ما بين الهلالين تاماً كان أو ناقصاً، وإن كان تسعة أو ثمانية وخمسين وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وإن مضي بعض الهلال سقط فيه اعتبار الهلال ويعتبر بالعدد ثلاثين يوماً.

مسألة(٢): قال: «ولا يجزيهِ حتىٰ يقدِّم نيةَ الصومُ قبلَ الدخولِ فيهِ».

كل صوم واجب لا بد فيه من النية في الليل وصوم الكفارة من جملة الواجبات، هل يشترط فيه التتابع فيه؟ اختلف أصحابنا فيه علي ثلاثة أوجه؛ أحدها: لا بد أن يأتي بها كل ليلة لأن التتابع فيه واجب كوجوب الصوم، فيلزمه نية التتابع كل ليلة كما يلزمه فيه نية الصوم كل ليلة ولأنها كنية الجمع تجب في أول الصلاتين، والثاني: تكفيه نية التتابع مرة واحدة ليتميز التتابع من غيره، والتميز يحصل بمرة واحدة، والثالث: وهو الأصح لايفتقر إلى نية التتابع بحال لأن الواجب نية العبادة لا شرائطها، ويفارق الجمع من الصلاتين لأنه رخصة فافتقر إلى نية الترخص، قال أصحابنا: وفائدة الخلاف أنه لو صام رمضان عن الكفارة وشوال هل يجزى صوم شوال غير يوم العيد حتى يكمله؟ فإن قلنا: نية التتابع لا تشترط يجوز، وإن قلنا: إنها تشترط لا يجوز.

مسألة: قال(٣): «ولو نوىٰ صومَ يومٍ فأغميَ عليهِ فيهِ ثم أفاقَ قبلَ الليلِ أوْ بعدهُ، ولمْ يطعمْ؛ أجزأهُ إذا دخلَ فيه بعدَ الفجرِ وهوَ يعقلُ».

هذه المسألة نصت في كتاب الصوم والصحيح أن المسألة على قول واحد أنه متى كان في بعض منامه مفيقاً حتى ينظم فعل الصوم إلى النية جاز صومه، وإن لم يكن مفيقاً في جزء من النهار لا يجوز. واعلم أن الشافعي قيد الإفاقة المشروطة بأول النهار

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٣٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣٤).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٣٥).

فقال: إذا دخل فيه بعد الفجر [١٦٣/ب] وهو يعقل فظن بعض أصحابنا أن الإفاقة يجب وجودها حين يدخل في الصوم، وإنما أراد الشافعي اشتراط الإفاقة في شيء من النهار وأوله وأخره سواء، واختار المزني أنه يصح صومه وإن استغرق الإغماء جميع النهار كاليوم، وهذا لا يصح لأن النائم يقضي مافات من الصلوات بخلاف المغمي عليه. ثم قال الشافعي: ولو أغمي عليه فيه وفي يوم بعده ولم يطعم استأنف، ولا شك أنه لا يصح صومه في اليوم الثاني لعدم النية، وينقطع التتابع في قوله الجديد كما نص هاهنا، وقد ذكرنا ما قيل فيه.

مسألة: قال: «ولو صامَ شهرَ رمضانَ في شهرينِ أعادَ شهرَ رمضانَ واستأنفَ شهرينِ».

المكفر إذا صام شهرين فيهما شهر رمضان؛ فإن صام شعبان، ثم رمضان بنية الكفارة لم يجزه أحدهما، أما رمضان فلأنه مستحق الغير، فلا يجوز صومه عن غيره ولا يجوز عن رمضان أيضاً لأنه لم يعين له النية، وأما شعبان لا يجوز لأنه ينقطع التتابع بدخول رمضان، فعليه أن يقضي صوم شهر رمضان، ويصوم شهرين متتابعين بعده، وإن صام أولاً رمضان ثم ما بعده لا يجوز صوم رمضان لما ذكرنا. ولا يجوز صوم أول يوم من شوال، وأما ما بعده فقد ذكرنا حكمه. وحكي عن الأوزاعي، وأبي عبيدة بن حربويه أنهما قالا: يجزيه صوم شهر رمضان عنهما جميعاً، وهذا غلط فاحش له لو كان عليه قضاء رمضان، فصام ينوي إذا الحاضر في قضاء الفائت لا يجوز بالإجماع، فكيف يجوز هذا؟

مسألة: قال[(١)]: «وأقلُ ما يلزمُ منَ قالَ إنْ الجماعَ بينَ ظهراني الصوم يفسدُ الصومَ؛ لقولهِ تعالىٰ: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] أي: يزعمُ أن الكفارةَ بالصوم والعتقِ لا يجزيانِ بعدَ أن يتماسَا قالَ: «والذي صامَ شهراً قبلَ التماسِ [١٦٤/أ] وشهراً بعدهُ أطاعَ اللَّهَ في شهرِ وعصاهُ بالجماعِ قبلَ شهرِ يصومه».

الفصل

وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال ينقطع التتابع بالوطىء في ليالي الصوم. واحتج عله بهذا الفصل وهو أنه إذا صام شهراً قبل المسيس وشهراً عده كما يقول؛ يكون أولى من قول من يقول يستأنف ويصوم شهرين بعد المسيس لأن هاهنا كلا الشهرين بعد العصيان وعلى ما ذكرنا أحد الشهرين بعد العصيان وعلى ما ذكرنا أحد الشهرين قبل العصيان والآخر بعده.

مسألة: قال[(٢)]: «وإنما حكمهُ في الكفاراتِ حينَ يكفرُّ كمَا حكمهُ في الصلاةِ حينَ يصليَ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٣٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣٥).

اختلف قول الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في الكفارة هل تعتبر لحال الوجوب أو لحال الأداء؟ فنص هاهنا أنه يعتبر لحال الأداء وبه قال مالك وأبو حنيفة، ووجهه أن الكفارة معنى له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيها حال الأداء كالطهارة، ولأن الصلاة تعتبر بحال الأداء في القيام والقعود عند القدرة والعجز كذلك الكفارة. وقال في «كتاب الأيمان»: الاعتبار فيها لحال الوجوب وبه قال أحمد؛ لأنها عقوبة للتكفير والتطهير فيعتبر لحال الوجوب كالحد وهذا لا يصح لأنه لا تجوز الزيادة في الحد، وهاهنا لو أخرج العتق مع جواز الصوم يجوز فجاز أن يزيد تغير الحال بخلاف الحد وفيه قول ثالث فخرج الاعتبار فيها بأغلظ الأحوال لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج وهذا لا يصح أيضاً لأنه يعتبر في الحج حال الأداء لأنه أوجب عليه وهو صحيح، ثم ومن يجوز له الاستنابة والأول أصح، وهو اختيار المزني.

فإن قلنا: الاعتبار بحالة الأداء، فإن كان في حال التكفير معسراً لم يلزمه العتق وفرصة الصوم، وإن كان في حال الوجوب موسراً إلا أنه يختار العتق ويحمله فيكون أفضل [١٦٤/ب] وإن كان عند التكفير موسراً يلزمه العتق، وإن كان وقت الوجوب معسراً، ولو لم يكفر بالصوم حتى عجز عنه فكفارته الإطعام، ولو لم يطعم حتى صار قوياً قدراً على الصوم ولو لم يوسر بالعتق فكفارته الصيام. وإن قلنا: الاعتبار بحالة الوجوب؛ فإن كان وقت الوجوب موسراً ثم أعسر ففرضه العتق قال الشافعي: وأحب أن يصوم حتى إن مات قبل أن يحد الرقبة يكون قد أتى بشيء، فإن صام ثم وجد الرقبة يلزمه إعتاقها، وإن كان وقت الوجوب معسراً يجوز له الصوم، وإن كان موسراً عند الأداء، فإن أعتق المذهب أنه يجوز وقيل: فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه لا يخرج عن الصوم بالمال كما لا يخرج عن المال بالصوم. وإن قلنا: الاعتبار بأغلظ الأحوال ففي أي حال كان موسراً لم يجز إلا العتق. وأما قول الشافعي: كما حكمه في الصلاة حين يصلي: أو أذنه في القعود والقيام وستر العورة واستقبال القبلة، والطهارة بالماء والتراب، والقدرة على القراءة والعجز عنها كما يعتبر بحال أداء الصلاة كذلك هاهنا.

فإن قيل: أليس العبد إذا وجبت عليه كفارة الظهار ثم عتق قبل أن يؤدي وأيس لم تجب عليه الكفارة بالعتق اعتباراً بحال الوجوب دون حال الأداء؟ قلنا: الفرق أن حالة الوجوب لم تكن ممن تجب عليه العتق ولا يجزيه فلم يلزمه بتغير الحال كخلاف مسألتنا.

فرع

إذا كان معسراً في حال الوجوب وقلنا: الاعتبار لحال الوجوب فآخر الأداء شهراً ثم شرع في الصوم فصام شهراً ثم مات وهو واحد للرقبة هل يلزم الإطعام لصوم شهر أو يلزم الإعتاق أو إطعام ستين مسكيناً أما الإعتاق لا يلزم لأنه لم يكن واجباً في حال الحياة وأما الإطعام [١٦٥/أ] فواجب وما هو فيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه الإطعام لصوم شهر لأنه لما دخل في الصوم تعين فوجب الإطعام لما لم يقضه إذا كان متمكناً

من الجميع في حال الحياة، والثاني: يلزم إطعام ستين مسكيناً لأن صومه شهرين لعبادة واحدة فلا يجوز أن يؤدي بعضه ويطعم عن بعضه، كما لا يجوز في اليوم الواحد فإذا بطل هذا وقد تعذر اليوم وجب الانتقال إلى ما جعل بدلاً عنه في بعض الأحوال وهو إطعام ستين مسكيناً دون الرقبة، وإن قلنا: الاعتبار بحال الأداء أو بأغلظ الأحوال وجب إعتاق الرقبة لأن الرقبة في مال الورثة موجودة عند أداء الكفارة من الوارث، هكذا ذكره والدي رحمه الله تعالى. وعندي أنه بشروعه في الصوم ينتقل الحكم إليه ولا يعتبر ما بعده من القدرة على العتق أو الإطعام كما في حال حياته لا يعتبر ذلك.

مسألة: قال(١): «ولو دخلَ في الصومِ ثمَّ أيسرَ كانَ لهُ أن يمضيَ علىٰ الصيامِ».

إذا كان معسراً عند وجوب الكفارة فشرع في الصوم ثم أيسر لا يلزمه الانتقال إلى العتق قولاً واحداً ويستحب له ذلك وبه قال مالك، وأحمد، وقال أبو حنيفة والمزني: يلزمه الانتقال إليه وهذا غلط لأنه قدر على المبدل بعد شروعه في صوم البدل فلا يلزمه العود إليه كما لو وجد الهدي في صوم السبعة، واعلم أن الكلام في هذا بعد التسليم أن الاعتبار في الكفارة بوقت الأداء، فإن قلنا: يعتبر بوقت الوجوب قبل وجد الرقبة وقبل الشروع في الصوم لا يلزمه الإعتاق أيضاً إذا كان عند الوجوب معسراً فلا يعيد الكلام هاهنا، واحتج المزني لمذهبه الذي مذهب أبي حنيفة [١٦٥/ب] فقال: لو كان فرضه الصوم ما جاز له اختيار أبطال الفرض والرقبة فرض وحدها لا غيرها كما أن الوضوء بالماء فرض وحده لا غيره ولا خيار في ذلك بين أمرين. وقصده بهذا الكلام تقسيم كأنه قال: إما أن يكون فرضه الصوم أو العتق فإن كان الصوم فرضه فكيف لحرية العتق؟ وإن كان العتق فرضه فكيف لحرية الصيام، والكفارة مرتبة والجواب أن يقال: لا يستبعد مثل هذا التخيير في العبادة المرتبة، ألا ترى أن المسافر إذا كان معه من الماء ما يحتاج إليه فشرب ويمكنه صرفها إلى الوضوء بنوع من التحامل على التنفس من غير خوف التلف كان مخيراً؛ إن شاء توضأ، وإن شاء تيمم. واحتج أيضاً بالمعتادة بالشهور، إذا رأت الحيض بطلب الشهور، وقد أجبنا عنه في كتاب الطهارة. واحتج أيضاً بقول الشافعي في الأمة تعتق وقد دخلت في العدة إنها لا تكون في عدتها حرة وتعتد عدة أمة. وفي المسافر يدخل في الصلاة ثم يقيم لا يكون في بعض صلاته مقيماً، ويقصر. قلنا: الأمة إذا أعتقت فانتقلت إلى عدة الحرة لم يبطل عليها ما مضى من عدتها ولكنها تبني عليه، وكذلك المسافر إذا نوى المقام، وهذا الصائم لو كلفناه العود إلى الإعتاق أبطلنا عليه ما مضى من الصيام في حكم الإجزاء عن الكفارة فافترقا.

مسألة: قال(٢): «ولو قالَ لعبدِهِ: أنتَ حرّ الساعةَ عنْ ظهاري إنْ تظهَّرْتَهُ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٣٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٣٧).

الفصل

إذا قال لعبده: أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظهرت كان حراً الساعة، ولا تتعلق بالشرط لأنه نجز في الحال فلا يملك تعليقه بالشرط الذي يتأخر. وهكذا قال: أنت حر الساعة [١٦٦/أ] إن دخلت الدار عتق في الحال. قال الشافعي: ولم يجزه عن ظهاره إن تظهر لأنه لم يكن ظهار ولا سبب منه يريد أنه قدم على السببين جميعاً، وحق المال لا يجوز تقدمه على جميع أسباب الوجوب. ولو قال له: أنت حر عن ظهاري إن تظهرت، ولم يقل الساعة لم يعتق في الحال، وتعلق بالشرط فإن تظهر منها وقع العتق ولا يجزيه عن ظهاره لأن التحرير سابق الظهار وذلك يمنع جوازه عن الظهار على ما ذكرنا في كتاب «الإيلاء». ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا، والثاني: يجزيه عن الظهار لأنه لو أوقعه بنية الكفارة وعتق بعد وجود الظهار.

فرع آخر

لو ظاهر منها ثم طلقها عقيبه ثم أعتق عن الظهار ثم راجعها كانت الرجعة عوداً وكان التحرير بعد الظهار وقبل العود فهل يجزيه عن الظهار؟ المذهب أنه يجوز لأنه وجد أحد سببي الكفارة وقدمها على أحد السببين كما تجوز كفارة اليمين بالمال بعد اليمين قبل الحنث، وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا، والثاني لا يجوز ذلك لأنه استباحة محظور فلا يجوز فيه تقديم الكفارة، كما لو كان الحنث في اليمين معصية لا يجوز تقديم الكفارة في اليمين وهذا لا يصح، لأن التكفير هاهنا يستبيح الوطىء المحظور وفي اليمين إذا كفر لا يستبيح حنث المعصية فافترقا.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو قال: إذا دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم أعتق عبداً عن ظهاره قبل دخول الدار أجزأه العتق لأن لفظ الظهار وإيقاعه قد وجد منه وهو السبب في الظهار، فقد حصلت الكفارة بعد وجود سببها، وقال سائر أصحابنا لا يجوز لأنه ليس بمظاهر فلم يوجد أحد سببي الكفارة فلا يصح [١٦٦/ب] التكفير ولا اعتبار بما ذكره من لفظ الظهار وإنما الاعتبار بكونه مظاهراً ولم تحصل. وقال صاحب «المنهاج»: لفظ الشافعي دليل على الوجه الأول لأنه قال: ولم يجزه أن تظهر لأنه لم يكن ظهار ولا سبب منه ممن هو منه أنه لو كان منه سبب يجوز وتعلق ظهارها بدخول الدار سبب من أسباب الظهار وهذا ضعيف لما ذكرنا.

فرع آخر

لو ظاهر وأعتق عقيبه عن الظهار بأن قال: أنت عليَّ كظهر أمي، وعبدي هذا حر عن ظهاري فيه وجهان؛ لأن حروف العتق وهو قوله غلامي هذا حر، أقل من حروف قوله: أنت طالق فيكون العتق بين الظهار والعود والصحيح جوازه على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا صام عن كفارته ثم بان أن موروثاً له مات؛ وورث منه رقبة ولم يعلم؛ اعتد بصومه ولم يلزمه العتق، ولو نسي الرقبة في ملكه فصام لا يجوز صومه للفرق بين الجاهل والناسي، هكذا ذكره بعض أصحابنا، ويحتمل أن يقال: لا يجوز فيهما.

باب الكفارة بالإطعام

مسألة: قال[1]: فيمَن تظاهرَ ولمْ يجدْ رقبةً ولمْ يستطعَ حينَ يريدُ علىٰ الكفارةِ صومَ شهرينِ بمرضٍ أو علةٍ ما كانتْ، أجزأهُ أن يطعمَ».

الفصل

إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصوم لمرض أو علة أجزأه أن يطعم، قال أصحابنا: عدم الاستطاعة هاهنا أن يلحقه من الصوم مشقة غليظة أو زيادة في مرضه، وقال الداركي: سئل أبو إسحاق عن من كان به شبق مفرط لا يقدر على الصوم، هل يجوز له أن يطعم ويترك الصوم؟ فقال: نعم؛ لأن المشقة تلحقه بذلك، ولأن الأعرابي لما قال للنبي ﷺ وهل أتيت إلا من الصوم [١٦٧/أ] أي: لا أصبر عن النساء حيث قال له: صم شهرين متتابعين عن الكفارة جوز له الإطعام فدل على ذلك.

مسألة: قال[2]: «ولا يجزيهِ أقلَّ منْ ستينَ مسكيناً».

يلزمه أن يطعم ستين مسكيناً كل مسكين مداً، فإن صرف مدين إلى مسكين واحد؛ لا يجوز بحال، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: إن صرفه إليه في يوم واحد لم يجز، وإن صرفه إليه في يومين جاز، وعلى هذا لو صرف طعام ستين مسكيناً إلى مسكين واحد في ستين يوماً جاز، وربما يقولون: لو صرف كلها إلى مسكين واحد في يوم واحد في ستين مرة يجوز، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]. فنص على العدد والصفة وهي المسكنة. ثم لا يجوز الإخلال بالصفة فلا يجوز الإخلال بالعدد ولأن تقديره فعليه أن يطعم ستين مسكيناً وهذا يمنع الاقتصار على دون الستين ولأنه مسكين استوفى حقه من هذه الكفارة فلا يجوز أن يدفع إليه ثانياً منها كما في اليوم الأول.

وأما قوله: كل مسكين مداً من طعام بلده الذي يقتات به قصد به الرد على أبي حنيفة فإنه عندنا يلزم في جميع الكفارات صرف مد إلى كل مسكين بمد الرسول ﷺ وهو رطل وثلاث، وهذا على التقريب لأنه لا اعتبار فيه الوزن بل بالاعتبار به بالكيل، ولا يختلف ذلك باختلاف الأقوات براً كان أو شعيراً، أو زبيباً، أو تمراً، أو ذرة، وغير ذلك. ولا يختلف باختلاف الكفارات إلا في فدية الأذى، يلزمه لكل مسكين مدين، وبه قال الأوزاعي. وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس، وزيد بن ثابت، وأبي

(١) انظر الأم (٤/١٣٧، ١٣٨).
(٢) انظر الأم (٤/١٣٨).

هريرة ـ رضي الله عنهم ـ وعنده البر نصف صاع ومن غيره صاع. وقال مالك: لكل مسكين مد، ولكنه بمد هشام وهو مدان بمد النبي ﷺ، وقيل إنه دون المدين [١٦٧/ب] وإنه مد وثلث بمد الرسول ﷺ. وروي عن مالك نحو قولنا في جميع الكفارات إلا في كفارة الظهار فإنها بمد هشام؛ وهو ابن عبد الملك بن مروان وهذا بعيد. وقال أحمد: هو من البر مدٌّ، ومن التمر والشعير مدين. واحتج بما روى يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق من شعير؛ فقال النبي ﷺ للمظاهر: «أطعم هذا ستين مسكيناً». فإن مدي شعير مكان مدين، وقال أبو حنيفة: من البرِّ مدان، ومن التمر والشعير صاع، وفي الزبيب روايتان؛ واحتج بخبر سلمة بن صخر أن النبي ﷺ أعطاه وسقاً للتفريق على ستين مسكيناً، والوسق ستون صاعاً وهذا غلط لما ذكرنا من خبر الأعرابي المجامع في رمضان.

وأما ما ذكروه من الخبر فمحمول علي الجواز والاستحباب. وروى سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر أن النبي ﷺ قال له: «اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفع إليك وسقاً من تمر فأطعم ستين مسكيناً، وكل بقيته أنت وعيالك»[١] فدل علي أنه يعطي من الوسق ستين مسكيناً ثم يأكل بقية الوسق وهو علي مذهبنا أورده الشيخ الحافظ أحمد البيهقي. فإن قيل: فالفرق بين فدية الأذى وبين سائر الكفارات حيث قلتم: لا يجوز أقل من مدين لكل مسكين، قلنا: السنة فرقت بينهما وقد قال ﷺ لكعب بن عجرة: احلق رأسك وأطعم ستة مساكين ثلاثة آصع من تمر وأبو حنيفة خالف السنة في جميع الكفارات فإنه قال في فدية الأذي: لا يجوز ثلاثة أصع من تمر بل يجب ستة أصع وهذا الخبر الذي ذكرنا صحيح أورده أبو داود وخبر الأعرابي المجامع لا شك في صحته وفيه خمسة عشرة صاعاً من تمر لستين مسكيناً، فإذا تقرر هذا فالواجب غالب قوت بلده كما قلنا [١٦٨/أ] في زكاة الفطر، فإن أخرج أعلى منه كان أفضل، وإن أخرج أدون منه فالمذهب أنه لا يجوز، وإن أخرج قوتاً لا يلزم فيه الزكاة فإن كان غير لاقط لا يجوز، وإن كان لاقطاً نص هاهنا يجوز، وفيه قولان. وقد شرحنا في زكاة الفطر.

مسألة: قال[٢]: «ولا يجزيهِ أَنْ يعطيهُمْ جملةً ستينَ مداً أَوْ أكثرَ لأَنْ أخذهمْ الطعامَ يختلفْ».

اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة. فقال ابن سلمى وابن خيزران: تأويلها أن يحضر ستين مسكيناً وأحضر ستين مداً من تمر واطعمهم ذلك. وقال: خذوا هذا وكلوا فقد أعطيتكم ذلك فلا يجوز؛ لأنه ما ملكهم ولأن أكلهم يزيد وينقص، فأما إذا قال: هذه ستون مداً لكل واحد منكم مد فملكتهم كلها يجوز؛ لأنه قد ملكهم وسوى بينهم وإنما بقيت القسمة وليس في ذلك مؤنة كبيرة وبه قال أحمد، وقال الأصطخري: لا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (١٣٨/٤).

يجوز؛ لأن عليه تسليم حقهم إليهم من غير مؤنة ألا ترى أنه لا يجوز أن يدفع الحب إليهم إلى مصفى، والتمر إلا جافاً منقى وهاهنا قد بقيت مؤنة القسمة فلا يجوز. والأول أصح، فإذا ثبت جوازه ينظر فيما حصل مع كل واحد فإن كان قدر مد فقد استوفى كل واحد حقه، وإن كان أقل تمم له تمام المد، وإن كان أكثر لم يسترجع الفضل لأن الظاهر أنه تطوع به وهذا إذا لم يقل لكل واحد منكم مد فإن قال ذلك له إن يسترجع الزيادة.

وقال القفال: صورة المسألة أنه أحضر ستين فقيراً وأباح لهم ستين مداً ليأخذوا نهية ولا يجوز إلا واحد منهم لأنهم إن أخذوا بالسوية فذاك، وإن تفاوتوا فقد حصل الواحد منهم فصاعداً أكثر من مد فإن يتقن أن عشرةً منهم مثلاً أخذوا أكثر من مد فعليه أن يتمم للباقين مداً قال: ولو ملكهم مشاعاً فقال: هذا لكم يجوز؛ لأنه ملكهم ثم يقتسمونه كما شاء [١٦٨/ب] ولا يضر أن يدع بعضهم بعض حقه إلى صاحبه وكذلك لو وكل المساكين رجلًا يقبض الكل جاز ثم هم أعلم. وقال أبوحنيفة: لو غداهم أو عشاهم أجزأه لقوله تعالى: «فإطعام ستين مسكيناً» وهذا قد أطعمهم وهذا غلط؛ لأنه حق مال يصرف إلى المساكين شرعاً فيجب تمليكه كالزكاة، وأما الأية أراد به التمليك بالإجماع فدل أنه المراد بالآية.

مسألة: قال[(١)]: «ولا يجزيهِ أن يعطيهمْ دقيقاً ولا سويقاً».

الفصل

لا يجوز عند الشافعي في الإطعام إلا الحب نفسه كما قلنا في زكاة الفطر. وقال الأنماطي: يجزيه الدقيق وهو مذهب أحمد وهو اختيار ابن أبي هريرة، وعن أحمد في الخبز روايتان، وقال الأنماطي وابن أبي هريرة: يجوز الخبز لأنه مهيأ للاقتيات وبه نفتي. فأعطى إلى كل مسكين رطلين بالبغدادي، ومن نصر المذهب الاقتيات أحد منافعه وقد عدم أكثر منافع الجب، وقال أبو حنيفة: يجزئه الدقيق لا على طريق القيمة، ويجزئه الخبز وغيره على طريق القيمة.

مسألة: قال[(٢)]: «وسواءُ الصغيرُ منهمْ والكبيرُ».

قوله منهم يعني من المساكين، وجملته أنه يجوز صرف الطعام إلى الصغير لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. ولم يفرق، ولأنه أحد ما يكفر به فجاز وضعه في الصغير كالعتق. ثم اعلم أن الصغير ليس من أهل القبض، فلا يدفع إليه بل يدفع إلى وليه، فإن دفعه إليه لم يجز، وإن كان الصغير رضيعاً قال أبو إسحق مرة لا يجوز حكاه الداركي لأن طعامه اللبن دون الحب، ثم رجع عنه وقال: يجوز؛ وهو الصحيح لأن الاعتبار ليس الأكل وإنما الاعتبار بالانتفاع، وهذا تصرف في منافعه. ألا ترى أن

---

(١) انظر الأم (١٣٨/٤).

(٢) انظر الأم (١٣٨/٤).

المريض المبرسم [١٦٩/أ] يجوز أن يعطى من التمر وإن كان لا يأكله.

مسألة: قال(١): «ولا تجزيهِ أن تعطيهِ مَنْ تلزمهُ نفقتهُ».

قد ذكرنا أنه لا يعطي من سهم الفقراء والمساكين من تلزمه نفقته والكفارة بجملتها كسهم الفقراء والمساكين في الزكاة فلا يجوز صرفها إلى ولده ووالده والزوجة ولا إلى العبد لأنه لا يملك إلا أن يكون السيد فقيراً فيعطيه بإذن سيده فيكون قد أعطى السيد ولا يعطي المكاتب بحال كيفما كان السيد لأن كسبه لا يكون للسيد، وهذا لأنه إذا كان له كسب ومال فهو غني، وإن لم يكن فإنه يمكنه أن يعجز نفسه فيلزم السيد نفقته، فإذا كان كذلك لم يجز أن يصرف إليه، وأما الزكاة يصرف سهماً منها إلى المكاتب لأن في أهل سهمان الزكاة الأغنياء بخلاف الكفارة فإنها للفقراء ولا حق فيها للأغنياء فهي بمنزلة سهم الفقراء من الصدقات لا يجوز صرف شيء منه إلى المكاتب لغنائه بماله أو سيده. وقال أبو حنيفة: يجوز صرف الإطعام إلى المكاتب كالزكاة وهذا غلط لما ذكرنا. ولو كان والده فقيراً عبر زمن فالصحيح أنه لا يجب نفقته فيجوز دفع الكفارة والزكاة إليه.

مسألة: قال(٢): «ولا أحداً علىٰ غيرِ دينِ الإسلامِ».

لا يجوز دفع الكفارة إلى الكافر خلافاً لأبي حنيفة كما قال في زكاة الفطر: ووافقنا أنه لا يجوز دفعها إلى المرتد.

مسألة: قال(٣): «وقالَ فِي «القديم»: لو علمَ بعدُ أَنْ أعطاهُ أنهُ غنيٌّ أجزأه ثم رجع إلى أَنَه لا يجزيهِ».

ظاهر المذهب أنه إذا علم غناه بعد أن أعطاه لا يجوز وهو اختيار المزني؛ لأنه أعطى من لم يفرضه الله تعالى له بل حرمه عليه وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة بالشرح ولو بان كافراً [١٦٩/ب] أو عبداً قيل قول واحداً لا يجوز؛ لأنه يعرف يقيناً والغنى يعرف اجتهاداً وقال القفال: الصحيح أن الكل على قولين وقد تقدم شرح الكلام فيه أيضاً.

مسألة: قال(٤): «ويكفرُ بالطعامِ قبلَ المسيسِ».

لا يجوز المسيس قبل الإطعام كما لا يجوز قبل العتق والصوم وقوله: لأنها في معنى الكفارة قبلها أي.... في معنى العتق والصوم المذكور قبل الإطعام، وبه قال أبو حنيفة وكافة العلماء، وقال مالك: يجوز أن يطأها قبل التكفير حكاه بعض أصحابنا، وأومى إليه أحمد وبه قال داوود واحتج بأن الله تعالى لم يقل في الإطعام قبل أن يتماسا وهذا غلط؛ لأن الله تعالى ذكر بعض الأحكام وبعضها نفسها فلما قيد العتق بقوله: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾. نبهنا به على الإطعام فإن قيل: فلم كرر هذا التقيد في

---

(١) انظر الأم (٤/١٣٨).
(٢) انظر الأم (٤/١٣٨).
(٣) انظر الأم (٤/١٣٩).
(٤) انظر الأم (٤/١٣٩).

الصيام قلنا: التنبيه لا يحصل في بالشيء إلا على ما يماثله ويشاكله والإطعام نظير الإعتاق لأن الكل واحد يحصل في زمان قصير فأما الصوم فلا يحصل إلا في شهرين ولا يقع التنبيه عليه بالعتق كما يقع على الإطعام فإذا ثبت هذا يجوز أن يكفر بالإطعام متوالياً ومتفرقاً لظاهر الآية، فإن فرق ثم قدر على الصوم في أثنائه لم يلزمه العود إلى الصوم كما ذكرنا في الصوم إذا قدر في أثنائه على العتق نص عليه في «الأم».

فرع

إذا وطىء في خلال الإطعام لم يلزمه الاستئناف، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: يلزمه الاستئناف لأنه وطىء في أثناء الكفارة فيلزمه الاستئناف، كما لو وطىء في خلال الصيام وهذا غلط لأن وجود الوطىء لا يبطل ما فعله من الإطعام ويبطل الصوم حتى لو كان في الليل لا يبطل عندنا.

مسألة: قال(١): «ولو أعطىٰ مسكيناً مداً عنْ ظهارِهِ، ومَداً عن يمينِهِ [١٧٠/أ] أجزأهُ».

إذا وجبت عليه كفارتان فدفع مدين إلى مسكين واحد؛ مداً عن هذا ومداً عن هذا أجزأه لأنه قد وجد العدد والطعام المقدور في كل واحدة من الكفارتين، وإن أعطي من كفارة واحدة لم يجز، وعليه أن يعيد أحد المدين، وهل يرجع به عليه نظر، وإن كان مطلقاً لم يرجع، وإن شرط من كفارة واحدة يرجع.

فرع

لو دفع ستين مداً إلى مائة وعشرين مسكيناً إلى كل مسكين نصف مد يجزيه ذلك النصف المد، وعليه أن يتمم ذلك مداً، مداً لستين مسكيناً منهم أيهم اختار، ولا يسترجع الباقي لأنه قد وقع موقعه بدليل أنه لو أراد الأمام لهم أجزأه، فلم يجز له الاسترجاع هكذا ذكر أصحابنا. وقال بعض أصحابنا: إذا شرط عليهم أنها كفارته؛ له أن يسترجع من الباقين الذين لم يتمم لهم، وهذا لأن الإجزاء تعلق بمن يغنيه منهم، فإذا عين ستين منهم لم يتعلق الإجزاء بالباقين ذكره في «الشامل» وهو الصحيح عندي. واعلم أن فيما نقله المزني إشكالاً وذلك أنه قال: لأنهما كفارتان مختلفتان؛ يعني كفارة الظهار، وكفارة اليمين. وهذا يوهم أنه لو أعطاه مدين عن يمينين لا يجوز، وبالإجماع يجوز، وإزالة هذا الإشكال أن يقال معنى قوله كفارتان مختلفتان؛ أنهما يسلم كفارة واحدة، ولم يرد أن يشترط تباين صفة الكفارتين.

مسألة: قال(٢): «ولا يجوزُ أَنْ يكفرَ إلَا كفارةً كاملةً مِنْ أيِّ الكفاراتِ كفَّرَ».

معناه أنه لا يجوز أن ينقض الكفارة فيصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكيناً لأن الله تعالى رتب هذه الكفارة، وفي هذا إثبات التجير، وفي اليمين لا يجوز أن يطعم

---

(١) انظر الأم (٤/١٢٩).

(٢) انظر الأم (٤/١٣٩).

خمسة، ويكسو خمسةً لأن الله تعالى أثبت التحير على وجهٍ وهذا إثبات تجير زائد، وهكذا لا يجوز [١٧٠/ب] أن يعتق نصف عبد ويصوم شهراً، ووافقنا أبو حنيفة في كل هذا إلا في كفارة اليمين فإنه قال: يجوز كسوة خمسة وإطعام خمسة.

فرع

لو بعض في جزاء الصيد فأدى ثلث شاه، وأطعم قدر ثلث شاه وصام بالباقي منها هل يجوز؟ قال القفال: فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز، والثاني: يجوز لأنه قد يجب الثلث منه ابتداءً دون الكل خلاف الكفارة، وهذا أقيس عندي وأشبه بالمذهب.

فرع آخر

لو دفع الكفارة بالإطعام إلى الأمام فتلف في يد الإمام قبل تفريقها على المساكين، هل يسقط الفرض قال والدي ـ رحمه الله ـ: عندي أنه لا يسقط الفرض بخلاف الزكاة الواجبة لأنها إلى الأمام دون الكفارة، ويحتمل سقوط الفرض، وإن لم يكن إلى الأمام كزكاة الأموال الباطنة وهو الأظهر عندي.

مسألة: قال[1]: «وكلُّ الكفاراتِ مدٌّ بمدِ النبيِّ ﷺ».

الفصل

قصد به الرد على أبي حنيفة وقد ذكرنا مذهبه أنه اعتبر الصاع الحجاجي ومدّه ونحن اعتبرنا صاع الرسول ﷺ ومده. واحتج الشافعي عليه هاهنا فقال: سنة نبيه ﷺ يدل على أنه بمده فكيف يكون بمدين لم يوفِ عهده أو مداً أحدث من بعد ثم قال: وإنما قلت: مداً لكل مسكين لحديث النبي ﷺ في المكفر في رمضان، وقصد به الرد علي أبي حنيفة، وقد ذكرنا مذهبه، وفي خبر الأعرابي: المجامع في رمضان أنه أعطاه عرماً فيه تمر قال سفيان بن عيينة وهو ستون مداً وكان قد أعلمه أن عليه إطعام ستين مسكيناً فيكون لكل واحد مد.

فإن قيل: أليس أمر رسول الله ﷺ يفرق من طعام لستة مساكين في فدية الأذى فيحصل لكل مسكين مدان، قيل: قال الشافعي: الكفارة بالكفارة أشبه في القياس [١٧١/أ] وهذا منه قياس مختلف فيه على مختلف فيه. أما الفرع فالظهار، وأما الأصل فكفارة الجماع في رمضان، ولكنه وجد في كفارة الجماع نصاً ورد في المقدار فقاس فرعاً لا أصل فيه على أصل منصوص عليه، وإن كان في ذلك الأصل خلاف ثم رجع الشافعي إلى مسألة الصاع فقال: وقال بعض الناس: يعني أبا حنيفة المد رطلان بالحجاجي وقد احتججنا فيه مع أن الأثار على ما قلنا، وأمر الناس بدار الهجرة وما ينبغي لأحد أن يكون أعلم بها من أهل المدينة ثم ذكر مذهبه أنه قال: لو أعطى الكل إلى مسكين واحد أجزأه.

---

(١) انظر الأم (٤/١٣٩).

واحتج الشافعي عليه فقال: لئن أجزأه في كل يوم وهو واحد يجزه في مقام واحد وبعضهم لا يسلم هذا الأصل وهو غير مشهور. واحتج أيضاً بأن الله تعالى شرط في الشهادة العدد والعدالة، ولا يجوز الإقلال بالعدد هناك حتى لو شهد اليوم ثم أعاد شهادته غداً لا تكون شهادة عدلين فكذلك هاهنا؛ وجب أن لا يجوز الإقلال بالعدد ثم ذكر مذهبه أنه قال: لا يجوز أن يصرف الإطعام إلى الحربي ويجوز إلى الذمي، واحتج عليه بالحربي وقال: فإن أجزأه غير المسلمين، وقد أوصى الله تعالى الأسير فلم يجزء أسير المسلمين الحربي، وأراد بأسير المسلمين أسير كافر يكون في يد المسلمة والمستأمنون إليهم وهذا مما ارتكبه المتأخرون منهم.

وقالوا: يجوز دفع الكفارة إلى المستأمن والأسير وفي هذا إشارة إلى الترجح وهو أنه إذا لم يجز صرفها إلى الأسير مع وصية الله تعالى بالإحسان إليه فلأن لا تجوز صرفه إلى الذمي أولى. ثم ذكر مذهبه في النقدية والمعيشة واحتج عليه بأنه يخلف ذلك بالصبيان والمرضي والأقرباء، ثم ذكر مذهبه أنه جوز فيه الطعام، واحتج عليه بأنه لو تصدق بقيمة الرقبة طعاماً لا يقوم مقام العتق ثم قال: فإن أجازه فقد أجاز الإطعام [١٧١/ب] مع القدرة على العتق وهم لا يمنعون هذا الإلزام ويعتدون بأن القصد من العتق تكميل الشخص لا تمليك المال ولا يوجد ذلك في قيمة الرقبة، وإن كانت طعاماً فلهذا لا يجوز. وهاهنا المقصود سد الحلة ويحصل ذلك بالقيمة ثم ألزمهم على أصلهم إحالة الصوم مع الطاقة إلى الصدقة لأن التبديل والتقويم إذا جاز في البعض يجب أن يجوز في الجميع فلما لم يجز ذلك بالإجماع كذلك هاهنا.

كتاب اللعان

مسألة: قال[1]: «قالَ اللهُ تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]. ثم قالَ: فكانَ بيناً فِي كتاب الله تعالىٰ أنهُ أخرجَ الزوجُ من قذفِ المرأةِ باللعانِ، كما أخرجَ قاذفُ المحصنةِ غيرُ الزوجةِ بأربعةِ شهود».

الفصل

اللعان في اللغة مأخوذ من اللعن وهو الإبعاد والطرد فقال: لعن الله فلاناً أي أبعده وطرده والتعن الرجل إذا لعن نفسه ولاعن إذا لاعن زوجته، ورجل لعنته بفتح العين إذا كان يلعن الناس ولعنه بسكون العين إذا لعنه الناس واللعان والملاعنة لا تكون من اثنين، وإنما سمي هذا الحكم لعاناً لأنه لا ينفك عند العمل به من طرد وإبعاد لأن أحدهما كاذب، وإن لم يتعين منهما والكاذب يستحق البعد من الله تعالى وقد قال ﷺ: «اتقوا الملاعن»[2] أي اتقوا الطرفات والعقود عليها للمحدث سميت ملاعن للعن المارة من قعد عليها واحدث فيها، وقيل: سمي فيه لعاناً لما فيه من لعن الزوج نفسه في الكلمة الخامسة.

والأصل في اللعان الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب. فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] إلى أخر الآيتين. [١٧٢/أ] فذكر الله تعالى اللعان ووصفه بأحسن بيان وأتم فائدة. وأما السنة فما روى سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه أن عويمر بن أشقر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلاً مع امرأته رجلاً أيقتله فتقبلونه أم كيف يفعل سل لي ياعاصم رسول الله ﷺ عن ذلك فسأل عاصم رسول الله رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم: لم تأتِ بخبر قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها فقال عويمر: ولله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وهو وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقبلونه أم كيف يصنع؟ فقال النبي ﷺ: قد انزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً فطلقها عويمر

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٢ ـ ١٤٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦)، وابن ماجه (٣٢٨)، والحاكم (١/١٦٧).

ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ(١).

قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين وقوله كره رسول الله ﷺ المسائل وعابها يريد المسألة عما لا حاجة بالسائل إليه دون ما به إليه به حاجة ولكن عاصم يسأل لغيره لا لنفسه فأظهر رسول الله ﷺ الكراهة وفي ذلك إيثار لستر العورات، وأيضاً روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما [١٧٢/ب] إن هلال بن أمية قذف امرأته شريك بن سحماء فقال له النبي ﷺ: البينة أو حد في ظهرك فقال: يارسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة فجعل النبي ﷺ يقول البينة وإلا حد في ظهرك فقال هلال: والذي بعثك بالحق أني لصادق وليقولن الله عز وجل في أمري ما يبرأ ظهري من الحد فنزلت ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾. فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليهما فجاء فقام هلال بن أمية فشهد والنبي ﷺ يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب ثم قامت المرأة فشهدت فلما كان عند الخامسة ﴿أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾﴾ [النور: ٩] قالوا: إنها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فقال النبي ﷺ: ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإلتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن وروي ولولا الإيمان لكان لي ولها شأن(٢) وروي أن ابن أبي عباس رضي الله عنهما قال فيه: ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعي الأب ولا يرمي ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضي أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفي عنها.

وقال عكرمة: فكان هذا الولد بعد ذلك أميراً على مصر وهو لا يدعى لأب وروي فيه أن النبي ﷺ قال: قفوه عند الخامسة فإنها موجبة فحلف ثم ذكر لعانها ووقفها عند الخامسة وروى أبو الزناد [١٧٣/أ] عن القاسم بن محمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حاملاً وكان الذي رميت به ابن السحماء وكذلك رواه الواقدي وغيرهما. روي أن هلال قذف امرأته بشريك بن سحماء قال الإمام البيهقي: ما رواه أبو الزناد والواقدي احفظ والله اعلم.

وقال أبو حامد: نقل المزني رمي العجلاني امرأته بشريك وهو غلط من الناقل أو من المزني بل هلال بن أمية قذف بشريك دون العجلاني وحكاه الشافعي هكذا في أحكام القرآن وهكذا رواه البخاري في «الصحيح» ولم يسم والعجلاني والمزني به وروي في خبر هلال أن جاءت به أصيهب أريضح أثيج حمش الساقين سابغ الإليتين

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٥)، ومسلم (١/ ١٤٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٤٧)، وأبو داود (٢٢٥٤)، وابن ماجه (٢٠٦٧)، والدارقطني (٣/ ٢٧٧)، والحاكم (٤/ ٢٧١).

فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو الذي رميت به. وروى سهل بن سعد فإن جاءت به أدعج العينين عظيم الإليتين فلا أراه إلا قد صدق وقد جاز به أحيمر كأنه وجزه فلا أراه إلا كاذباً.

وفي هذه الأخبار التي ذكرناها فوائد منها؛ أن الزوج إذا قذف امرأته برجل بعينه ثم تلاعنا سقط عنه حق المزني به لأن النبي ﷺ قال لهلال: البينة أوحد في ظهرك فلما تلاعنا لم يعرض لهلال بالحد، ولم يرد أن شريكاً عفا عنه ومنها أنه إذا قذف زوجته ولم يأتِ بالبينة ولم يلاعن يلزمه الحد لأنه قال: البينة والحد في ظهرك ومنها أن اللعان لا يتم إلا باستيفاء عدد الخمس خلافاً لأبي حنيفة لأنه قال: عند الخامسة إنها موجبة ومنها أن البينتين إذا تعارضتا سقطتا لأنه قال: الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل من تائب؟ ومنها أن الإمام يحكم بالظاهر، وإن كانت شبهة تعترض وأمور تدل على خلافة ألا ترى أنه لو قال: لولا مضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن [١٧٣/ب] ومنها أن اللعان فسخ لا طلاق خلافاً لأبي حنيفة ومنها أنه لا سكني لها ولا نفقة في عدتها ومنها أنه من رمي الملاعنة أو ولدها يلزمه الحد خلافاً لأبي حنيفة إذا كان هناك ولد نفاه. ومنهه أنه لا يجوز الاستدلال بالشبه وهو في القيافه ولم يعمل به هاهنا لتقديم النص وهو اللعان على الاستدلال ومنها أن مع جواز الاستدلال به لا يحكم به إذا كان هناك ما هو أقوى منه في الدلالة على صد موجبه ومنها أن المتحلية بالنعوت المغيبة إذا أريد بها التعريف لم تكن غيبة يأثم به قائلها ومنها أن إيقاع الطلقات الثلاث مباح لأن عويمر طلقها ثلاثاً ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ. والأصيهب تصغير الأصهب وهو الذي تعلوه صهبة وهي كالشقرة. والأريضح تصغير الأرضح وهو الخفيف الإليتين أبدلت السين منه صاداً، وقد يكون أيضاً تصغير الأرضع أبدلت عينه حاءً قال الأصمعي: الأرضع الأرسح، والأثيبج تصغير الأثبج، وهو الناتىء الثبج والثبيج ما بين الكاهل وبسط الظهر، وقيل: هو الذي في ظهره كتلة، وقيل: لحمة ناتئة بين الكتفين والحمش الدقيق الساقين.

والأورق الذي لونه بين السواد والغبرة، وقال ابن الأعرابي: الأورق من كل شيء الذي يضرب لونه إلى السواد؛ إلا الإنسان فإن الأورق الأسمر من بني آدم. وقوله: جعداً من جعودة الشعر، والجمالي العظيم الخلق شبه خلقه بخلق الجمل قال: ناقة جمالية إذا شبه بالفحل من الإبل في عظم الخلق، وقيل: الجمالي بفتح الجيم وهو من الجمال، والأول أشهر وسابغ الإليتين بأنهما، والخدلج العظيم الساقين غليظهما، وأما الأديعج قال الأزهري: شدة سواد العين واللون [١٧٤/أ] والوحرة دويبة وجمعها وحر، ومنه قيل: فلان وحر الصدر إذا دبت العداوة في قلبه كدبيب الوحر، وقيل الوحرة من حشرات الأرض تشبه الحرباء حمراء كالعصابة. وقيل الوحرة الوزغة. وروي في الخبر: إن جاءت به أسحم، أدعج، والأسحم الأسمر.

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه فإذا تقرر هذا ذهب أكثر أصحابنا إلى أن

قصة العجلاني أسبق. ومن أصحابنا من قال: قصة هلال أسبق وهو الأظهر في الإخبار، وما روي في قصة العجلاني أن الله تعالى قد أنزل فيك وفي صاحبك يعني فأنزل في قصة هلال لأن ذلك حكم في جميع الناس، ثم اعلم أن الرجل الأجنبي إذا قذف أجنبياً أو أجنبية فقد فسق بالقذف، ووجب الحد عليه وله أن يسقط ذلك عن نفسه بالبينة بأن يجرح شهوده. وإن كان المقذوف امرأة يمكن أن تقيم البينة على عذرتها، فإذا فعلت ذلك سقط الحد عنها. فإن قذف امرأته فقد فسق ووجب عليه الحد، وله أن يسقط ذلك عن نفسه بأحد طريقين. إما بالبينة أو باللعان فأيهما اختار كان له، وليس من شرط صحة اللعان عجزه عن إقامة البينة، فإذا فعله وجب الحد عليها وكان لها أن تسقطه بإقامة البينة على جرح الشهود أو عذرتها إن كان الزوج أقام علها البينة، وإن كان الزوج لاعن كان لها أن تلاعن وتدرأ الحد عن نفسها.

والفرق بين الأجنبي إذا قذف لم يكن له الخروج من قذفه إلا بالبينة، وبين الزوج إذا قذف زوجته له الخروج بالبينة أو اللعان جميعاً، وإن الأجنبي لا يحتاج إلى القذف واللعان فإنه لا ضرر عله في زنا الأجنبي وهو مندوب إلى الستر عليه، [١٧٤/ب] فإذا أظهر ذلك وقذف غلط عليه ولم يحصل له الخروج إلا بالبينة، وأما الزوج فعليه ضرر في زنا زوجته لما يلحقه من النسب الفاسد والمعرة فهو محتاج إلى قذفها وإظهار زناها، فإذا فعل ذلك خفف عليه بأن جعل له الخروج بالبينة أو اللعان، فإذا تقرر هذا رجعنا إلى ما قال الشافعي ومقصده بيان أن الواجب بقذف الزوجة الحد ولكن المخلص منه اللعان كما أن الواجب بقذف الأجنبية الحد والمخلص منه بالشهود، وإذا نكل الزوج عن اللعان يلزمه حد القذف، وإذا لاعن ونكلت عن اللعان يلزمها حد الزنا وهذا لأن الله تعالى في أول سورة: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] يعني غير الزوجات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ثم عطف عليه حكم الأزواج فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾ [النور: ٦]، فأخرج الزوج باللعان عما أخرج عنه الأجنبي الشهود، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: إذا قذف زوجته يجب عليه اللعان دون الحد، فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن، فإن لاعن وجب على المرأة اللعان دون الحد، فإن لاعنت وإلا حبست حتى تلاعن. وقال أحمد: إذا لم يلاعن الزوج حد، وإذا لاعن؛ لا يجب الحد على المرأة وهل تحبس المرأة؟ روايتان؛ واحتج بأن لعان الزوج لعان أحد الزوجين فلا يجب به الحد على الآخر أصله لعان الزوجة؛ وهذا غلط لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾. ولم يفرق بين الزوج وغيره، وإنما حض الأزواج بعد ذلك أن أقام لعانه مقام الشهادة على ما ذكرنا ثم قال: ويدرأ عنها العذاب، أي الحد أن تشهد أربع شهادات فدل على أنه وجب الحد عليها بلعانه [١٧٥/أ] وإنما تسقطه بلعانها للضرورة. وأما ما ذكره لا يصح لأن لعانها على سبيل المعارضة وقد تقدم لعان الزوج فلا يوجب الحد على الزوجة بخلاف لعانه.

فرع

لو لاعن الزوج ولاعنت هل يرتفع فسقه؟ قال في «الحاوي»[١]: يحتمل وجهين؛ أحدهما: يرتفع لأن اللعان كالبينة في حقه لسقوط حده، والثاني: لا يرتفع لأن لعانها معارض للعانه ومانع من وجوب حدها به.

مسألة: قال[٢]: «وفي ذلكَ دلالةٌ علىٰ أنْ ليسَ للزوجِ أَنْ يلتعنَ حتىٰ تطلبَ المقذوفةُ حدَها».

الفصل

جملته أنه إذا قذف زوجته ولم يكن له بينة تشهد بالزنا فله أن يلتعن عن الطلب بلا خلاف وفيه نزلت الآية. وإن كان له بينة تشهد بالزنا فله اللعان أيضاً وبه قال كافة العلماء، وقال بعض التابعين: لا يجوز أن يلاعن مع وجود البينة، وهذا غلط؛ لأن اللعان يفيد ما لا تفيد البينة من رفع الفراش ونفي النسب وهو محتاج إلى هذا. فإذا تقرر هذا فإن طالبت بالحد وهي حرة محصنة، أو طالبت بالتعزير وهي أمة أو كتابية فله أن يلاعن لإسقاطه. وإن لم تطالب هي وهناك بنسب الولد له أن يلاعن لنفيه، وإن لم يكن ينسب فالمذهب أنه لا يلاعن حتى تطالبه. وقال أبو إسحاق: له أن يلاعن لتبرئة ذمته وهذا غلط؛ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد المطلوب، أو لنفي النسب، وليس هاهنا واحد منهما. والفراش يمكنه رفعه بالطلاق فلا حاجة إلى اللعان لأجله.

فصل

عندنا حد القذف حد الآدمي يورث عنه ويدخل فيه العفو، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: هو حق الله تعالى لايورث ولا يدخله العفو. ووافقنا أنه لا بد من المطالبة باستيفائه، وإن الحاكم يحكم فيه بعلمه بخلاف حد الله تعالى. وقال مالك: [١٧٥/ب] هو مشترك بين حق الله تعالى وحق الآدمي، فإن سمعه الإمام وشاهدان؛ يجب حد القذف من غير مطالبة. وإن سمعه الإمام وحده لم يجب إلا بالمطالبة ويجوز العفو عنه قبل الترافع إلى الإمام ولا يجوز بعد المرافعة. وروي عن أبي يوسف أنه مشترك لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط العفو وهذا غلط لأنه عقوبة لا تستوفى إلا بالمطالبة بها فكانت عقوبة الآدمي كالقصاص، فإن قيل: أليس لو قال: اقذفني فقذفه لا يسقط حد القذف، ولو قال: اقتلني فقتله يسقط القصاص؛ قلنا: المذهب أنه يسقط حد القذف أيضاً ولا نص فيه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يسقط والفرق بينهما أن القتل يستباح بسبب فيحتمل أن يكون الأمر بقتل نفسه لإباحة الدم بالزنا ونحوه فلم يجب به القصاص على المأمور، وأما القذف لا يستباح بحال وأنه إن كان زانياً لا يباح قذفه فلا يتأثر الأمر به.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/١١).

(٢) انظر الأم (١٤٣/٤).

مسألة: قال[1]: «ولمَا لَمْ يخصَ اللهُ تعالىٰ أحداً من الأزواجِ دونَ غيرهِ ولمْ يدلَ علىٰ ذلكَ سنةٌ ولا اجماعٌ كانَ علىٰ كلِّ زوجٍ يصحُ طلاقهُ».

يصحُ اللعانُ مِنَ كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو الزوج مسلماً والمرأة كافرة أو الزوج كافراً والمرأة مسلمة أو محدودين في القذف أو غير محدودين أو حرين أو رقيقين أو أحدهما رقيقاً والأخر حراً. وبه قال سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والحسن، وربيعة، ومالك، والليث، والنوري، وأحمد، وإسحق، وقال أبو حنيفة: لا يصح اللعان إلا بين زوجين هما من أهل الشهادة ولا يجوز بين الكافرين ولا بين الكافرة والمسلم، ولا بين العبدين، ولا بين العبد والحرة، ولا بين المحدودين في القذف أو أحدهما وبه قال الزهري، وحماد، والأوزاعي وروي هذا عن أحمد أيضاً [١٧٦/أ] واحتجوا بأن اللعان شهادة لأن الله تعالى استثناه من الشهادة بقوله سبحانه: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦]، وأنه يفتقر إلى لفظ الشهادة فلا يصح إلا ممن هو من أهل الشهادة وأيضاً روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: أربع من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهوديه تحت المسلم والمملوكة التي تحت الحر والحرة تحت المملوك[2] وروي «لا لعان بين أهل الإسلام و أهل الكفر ولا لعان بين العبد وامرأته»، ولا لعان بين المحدود في القذف وامرأته وهذا غلط؛ لعموم الآية ولأن من صح طلاقه صح لعانه كالحر المسلم ويؤكده أن اللعان خص بالأزواج للضرورة والضرورة قائمة في حق جميعهم، وأما ماذكروه لا يصح لأن اللعان يمين لا شهادة أو المغلب فيه اليمين لأنه يشترط فيه ذكر اسم الله تعالى ويستوفى فيه الذكر والأنثى ويصح من الفاسق المعلن بفسقه والأعمى واليمين سمي شهادة قال الله تعالى: ﴿قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، أي: نحلف، وأما الافتقار إلى لفظ الشهادة اختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ أحدهما: لا يفتقر إليه. ولو قال: احلف بالله أو أقسم جاز. والثاني: أنه يفتقر إليه ولا يمنع هذا كونه يميناً لأن اليمين تغلظ بلفظ الشهادة كما تغلظ بسائر الألفاظ، وأما الخبر لا أصل له. قال الشافعي والساجي: لم يذكره أحد من أهل الحديث، وقال الإمام أحمد البيهقي: مداده على عطاء الخراساني، وعثمان الوقاصي، وعمر بن هارون، ويحيى بن أبي أنيسة وكلهم ضعفاء. واعلم أن الشافعي علل هاهنا فقال: كل زوج جاز طلاقه ولزمه الفرض جاز لعانه، ولم يرد تركيب الغلة منهما جميعاً بل أراد التنبيه على أن كل [١٧٦/ب] وصف من هذين الوصفين علة مستقلة بنفسها، ألا ترى أنه قال في جانب الزوجة وكذلك كل زوجة يلزمها الفرض ثم قال: ويختلف الحدود لمن وقعت له يعني المقذوفة وعليه يعني القاذف وأراد به أنه تختلف الحدود في

(١) انظر الأم (٤/١٤٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧١)، والدارقطني (٣/ ١٦٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٢٩٦).

باب اللعان في أنه لم يلاعن يتصف حد القذف عليه برقه وإن لاعن ولم يلاعن اختلف حرها ببكارتها، ورقها وإحصانها وقيل معناه لا يجب الحد مع كفر المقذوفة أو رقها أو صغرها أو جنونها لأن الإحصان شرط ولا يكمل الحد على القاذف مع رقه، فإن قيل: كيف يتصور تحت المشرك مسلمة فيقذفها فيلزم حد القذف فيها؟ قيل: كيف يتصور ذلك في مشتركين بينهما نكاح فأسلمت المرأة بعد الدخول بها فقذفها الزوج قبل انقضاء عدتها.

مسألة: قال[1]: «وسواءٌ قالَ: زنتْ أو رأيتُهَا تزني، أو يا زانيةُ.

إذا قذف زوجته له أن يلاعن سواء قال: يا زانية، أو زنيت، أو رأيتك تزنين، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه: لا يلاعن إلا أن يقذفها بمشاهدة الزنا فيقول: رأيتها تزني ولا ينفي الولد عنه إلاأن يدعي استبراءها منه وهذا غلط لظاهر الآية ولم يفصل. ولأنه معنى يتخلص به الزوج عن موجب قذفه فلا يحتاج إلى تقييد القذف بالمشاهدة كالبينة، واحتج بأن الآية وردت في هلال، وقال في القذف رأيت بعيني وشهدت بسمعي، وقال العجلاني: رأيت عليها شريك بن سحما قلنا: هذا شيء ذكره ولا يدل على أنه شرط والحكم لعموم الآية لا لخصوص السبب.

فإذا تقرر هذا فالكلام الآن فيمن له القذف أو عليه ذلك، وجملته أنه لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فلها حالتان: حالة يحل قذفها ولعانها وهي أن يراها تزني أو يجزه ثقة بذلك [١٧٧/أ] أو يستفيض في الناس أن فلاناً يفجر بها ويشاهده عندها ولكنه لم يره على الزنا بها فيحل له قذفها ولعانها لأن هذا يوجب غلبة الظن كما يوجب خبر من يثق به عن مشاهدته وله أن يتغافل عن ذلك وحاله لا يحل له قذفها، ولعانها وهي أن تقدم المشاهدة، والخبر على ما بيناه ليحرم عليه قذفها وإن كان استفضاض الخبر بأنهما يجتمعان على فجور، ولم يكن رآهما مجتمعين لأنه يجوز أن يستفيض الخبر عن واحد عدو لها كذب عليها، أو عدو له كذب عليه، هكذا ذكره أبو حامد.

وقال بعض أصحابنا: إذا استفاض زناها في الناس ولا يرى مع الاستفاضة رجلاً يدخل عليها؛ هل يجوز قذفها ولعانها؟ وجهان؛ أحدهما ما ذكرنا، والثاني: يجوز قذفها ولعانها لأن الاستفاضة أقوى عن خبر الواحد، وإن كان ثقة، ولأن الاستفاضة لوث في القسامة. وإن كانت حاملاً فلها ثلاثة أحوال؛ حالة يجب عليه قذفها ولا يحل له تركه؛ وهي: أن يراها على الزنا ولم يجامعها بعد طهرها عن الحيض، فظهر بها حمل فالظاهر أن هذا الولد من غيره فلا يجوز له أن يسكت لئلا يلحقه نسب ليس منه ولا يجوز أن ينفي نسباً هو منه في الظاهر وهذا كقوله ﷺ: أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها الله عز وجل جنته، وأيما رجل

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٣).

جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين(١).
وحاله لا يجوز له قذفها ولا نفي ولدها وهي أن تأتي بولد يشك فيه أو لا يشك فيه ولكنه شبيهاً بمن يتهمها به أو تأتي بولد لا يشبه الأبوين مثل أن تأتي بولد أسود وهما أبيضان، أو تأتي بولد أبيض وهما أسودان ولم يعرف لها زناً [١٧٧/ب] ولا فجوراً فيها وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له القذف واللعان وهو اختيار القاضي الطبري لأنه لا يجوز أن يكون في أبائه وأمهاته هذه الصورة فأشبه لأن العرق ينزع والدليل على هذا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن إعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله؛ إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال له النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورق؟ قال: نعم إن فيها أورقاً قال: فأنى ترى ذلك قال: لعل عرقاً نزعه فقال النبي ﷺ: فلعل هذا نزعه عرق(٢).

والثاني: يجوز له القذف واللعان لأن الظاهر أنه ليس منه، والشبه يحكم به في الإنسان في الشريعة فجاز له نفيه لأجله وهذا أقرب في المذهب، ولهذا قال ﷺ في خبر هلال أن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك بن سحماء. ولو قال: بلغني أنها زنت، أو أخبرت بذلك ولم يقطع بأنها زانية، لم يكن قذفاً حتى يقطع، ذكره أبو إسحاق وقال في «الحاوي»(٣): الحامل خمسة؛ أحدها يجب أن يلتعن فيها بغير قذف، وهو أن تأتي بولد ولم يدخل بها يجب أن يلاعن لينفي ولداً يعلم قطعاً أنه ليس منه يكون محرماً لبناته، ولا يجوز أن يقذف لأنه يجوز أن يكون من زوج قبله أو أكرهت على نفسها، والثاني: يجب عليه ملاعنتها ولكن بعد القذف؛ بأن يكون أصابها واستبرأها ووجد معها رجلاً يزني بها ثم أتت تحمل لا يجوز أن يلاعن إلا أن يقذف فيصير القذف لوجوب اللعان الذي لا يصح إلا به واجباً عليه. ولولا الحمل ما وجب عليه.

والثالث: يكون مخيراً بين أن يلاعنها أو يمسك وهو أن يطأها ولا يستبرئها، ويرى رجلاً يزني بها فيكون مخيراً بين اللعان بعد القذف وبين الإمساك فأما نفي الولد [١٧٨/أ]، فإن غلب على ظنه أنه ليس منه جاز نفيه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه، وإن لم يغلب على ظنه أحد الأمرين جاز أن يغلب في نفيه حكم الشبه لأجل ما شاهد من الزنا.

والرابع: لا يجوز له قذفها ولا نفي ولدها وهو أن يكون على إصابتها ولا يراها

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٦٣)، والنسائي (٣٤٨١)، والدارمي (٢/ ١٥٣)، وابن حبان (٤٠٩٦)، الحاكم (٢/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣).

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٠٥)، ومسلم (١٥٠٠)، وأبو داود (٢٢٦٠)، والترمذي (٢١٢٨)، وابن ماجه (٢٠٠٢، ٢٠٠٣)، وأحمد (٢/ ٢٣٩).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٧ ـ ١٨).

تزني ولا يخبر عنها الزنا، ولا يرى في ولدها شبهاً منكراً، والخامس: أن تأتي ولد أسود من بين أبيضين ولا يراها تزني، ولا يخبر بزناها فيه وجهان؛ على ما ذكرنا. واختار ما اختار القاضي الطبري.

فرع

لو كانت امرأته تولد وكان يعزل عنها إذا وطئها لم يجز له نفيه لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله إنا نصيب السبايا ونحب الأثمان انعزل عنهن، فقال: إن الله تعالى إذا قضى بسن خلقها ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به، وإن أت بولد وكان يجامعها دون الفرج فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز له النفي لأنه قد يسبق الماء فيعلق به. والثاني: له أن ينفيه هو الأصح، لأن الولد من أحكام الوطء فلا يتعلق بدونه كسائر الأحكام.

فرع آخر

لو أتت بولد وكان يطأها من الدبر فيه وجهان: أحدهما لا يجوز له نفيه، لأن قد يسبق الماء إلى الفرج فتعلق به، والثاني: له نفيه لأنه موضع لا ينبغي منه الولد.

مسألة: قال[1]: «ولو جاءتْ بحملٍ وزوجها صبي دون العشر لم يلزمه».

ظاهر هذا النص أن المرأة إذا أتت بولد وزوجها صبي دونَ عشرِ سنينَ؛ لا يلزمَه الولدُ».

قال الشافعي: لأن العلم يحيط أنه لا يولد لمثله، يريد به أن العادة جارية بأن مثله لا يكون منه نزول الماء فإذا كان كذلك كان منفياً عنه بلا لعان، وإن كان له عشر سنين فأكثر يلحق به حتى يبلغ فينفيه باللعان [١٧٨/أ] لأنه يمكن أن يولد منه والنسب يلحق الإمكان، وإن كان بخلاف الظاهر. ألا ترى أنه لو تزوج فأتت امرأته بولد لوقت يمكن أن يكون منه ألحقناه به، وإن كان الظاهر أن عدتها قد انقضت وأن الولد من غيره. وحكي أن عمرو بن العاص ولد له ابنه عبد الله وهو ابن عشر سنين، وحكي أن لعبد الله بن عمرو كان له نافلة وهو ابن اثنين وعشرين سنة، وعند أبي حنيفة أقل للزمان الذي يحتلم فيه الغلمان اثنا عشرة سنة، وعندنا عشر سنين.

فإن قيل: إذا ألحقتم به النسب وجب أن يحكموا ببلوغه لأن إلحاق الولد به يقتضي الإنزال، والإنزال بلوغ، قيل: نحن نلحق النسب بالإمكان ولا نجعله بالغاً الإمكان فلهذا ألحقناه ومنعنا من نفيه حتى يقر بالاحتلام أو يستكمل خمسة عشر سنة، وإن ادعى بلوغاً بالاحتلام واتهم الحاكم بأنه كاذب؛ يريد أن يحلف قبل بلوغه حتى لا يأثم باليمين الكاذبة بعدما بلغ فإنه يحتاط من بابه بالتأخير ولا نحلفه أنه بالغ إذ لا معنى لتحليف من يظن أنه صبي، فإن يمين الصبي لا حكم له، وعلى هذا إن مات قبل أن

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٤).

ينفيه؛ استقر نسبه ولا يجوز للورثة نفيه وورثه حقه من الميراث. وقول الشافعي: فإن مات فهو ولده فقبل الموت هو ولده إذ عليه نفقته غير أنه على معنى الموقف حتى يبلغ ولاعن نفيناه عنه، ولا نقول هو ولده على الإطلاق.

وقال أبو حامد وجماعة: يحتلم الغلام لتسع؛ كما تحيض المرأة لتسع. ويحمل كلام الشافعي على أنها حد للحوق الولد تقريباً، حتى لو جاءت امرأة الغلام بولد لتسع سنين وستة أشهر بعد التسع هي مدة أقل الحمل؛ يلحق به الولد، وهذا لأن المرأة والرجل لا يختلفان فيما به البلوغ كما لا يختلفان في البلوغ بالسن. وقال جماعة من أصحابنا: أقل زمان الاحتلام [١٧٩/أ] عشر سنين، وإن كان أقل زمان الحيض تسعاً لأن أقلها معتبر بالوجود ولم يوجد الاحتلام لأقل من عشر سنين، ووجد الحيض لتسع سنين. وهذا لأن دم الحيض يرخيه الرحم بعد اجتماعه لضعف الجسد عن إمساكه، ومني الاحتلام يخرج لقوة الجسد على دفعه فصار بيناً سنة لزيادة القوة بها، وعلى هذا لو ولدت امرأته لأكثر من عشر سنين وأقل من ستة أشهر؛ لم يلحق به وهذا وإن لم يصرح به الشافعي فهو معلوم من أصل مذهبه فلذلك أطلقه. وهكذا ذكره القفال عن بعض أصحابنا.

وذكر بعض أصحابنا نصاً عن الشافعي أنه قال: إذا أتت به لعشر سنين؛ يلحق به ويحكم ببلوغه قبل ذلك بتسعة أشهر من وقت ما علقت به المرأة، ذكره المحاملي من أصحابنا، وهذا غلط لما ذكرنا من الفرق بين الحكم بالبلوغ، وإلحاق النسب. وذكر بعض أصحابنا أنه لا يعتبر ستة أشهر بعد العشر، فإذا أتت بولد وهو ابن عشر من غير زيادة؛ يلحق به، ويقدر نزول الماء قبل ذلك بمدة الإمكان، وهذا ظاهر النص وبه قال أكثر علماء خراسان. فإن قيل: هلا سمعتم لعانه في الحال لأنه إن لم يكن بالغاً فالولد منفي عنه، وإن كان بالغاً فقد انتفى عنه باللعان كما قلتم: أنه لا يحلف الصبي على دعواه البلوغ لأنه إن كان بالغاً لا حاجة بنا إلي يمينه، وإن لم يكن بالغاً لا يصح يمينه فسقطت؛ قيل: لا يجوز أن يبدي باليمين مع الشك في صحتها، فلهذا لا نحلفه ولا نأمره باللعان عند الشك في الصحة.

مسألة: قال[(١)]: «ولو كانَ بالغاً مجبوباً كانَ لهُ إلَّا أَنْ ينفيهُ بلعانٍ لأنْ العلمَ لا يحيطُ أنهُ لا يحملُ لهُ».

هكذا نقل المزني؛ وقال في «الأم»[(٢)]: إذا كان بالغاً مجبوباً كان له نفيه باللعان لا العلم يحيط أنه لا يولد لمثله. واختلف أصحابنا [١٧٩/ب] فيه فقال أبو إسحاق: وهو اختيار أبي حامد: ما نقله المزني أراد إذا كان مجبوب الذكر دون الخصيتين، أو الخصيتين دون الذكر لأنه يحتمل إذا بقي أحدهما أن ينزل، وهذا لأن إيلاج الذكر يجتذب المني من الظهر، وإن لم يكن له الأنثيين. وإذا لم يكن له ذكر فساحق فرج

(١) انظر الأم (٤/ ١١٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٨).

المرأة يجتذب الفرج الماء إذا نزل كما تحبل البكر هكذا. ولا يقبل فيه قول الأطباء أنه ترق مادته فلا يكون منه الولد. والذي قاله في «الأم» أراد به إذا كان ممسوحاً أيضاً على ما نقله المزني؛ لأنه يمكن مع ذلك نزول الماء وتبقى بقية ولا يقبل قول أهل الظن في ذلك أنه لا يولد له؛ وهذا اختيار مشايخ خراسان، وجماعة من أهل العراق. ولا يصح ما نقل عن «الأم». وعندي ما تقدم أصح للعادة الجارية في ذلك، وقال القاضي أبو حامد في أصل الذكر: إذا قطع ثقبتين إحديهما مخرج البول، والأخرى مخرج المني فإن كان مخرج المني انسد والتحم لم يلحق به الولد لاستحالة إنزاله، وإن كان مخرج المني باقياً كبقاء مخرج البول يلحق به الولد لجواز إنزاله؛ والنصان على هاتين الحالتين. ومن أصحابنا من قال: ما نقله المزني هو المجنون تصحف من الناقل فيلحق به الولد لأنه كالعاقل في النسب، فلا يقال: لأن العلم لا يحيط أنه لا يحمل له أو يحمل له؛ وإنما يقال ذلك في المجبوب، ولأنه قال: إلا أن ينفيه بلعان، ولا يصح لعان المجنون.

مسألة: قال[(١)]: «ولو قالَ: قذفتكِ وعقليَ ذاهبٌ، فهو قاذفٌ إلَّا أَنْ يعلمُ أَنْ ذلكَ يصيبهُ فيصدقُ».

صورة هذه المسألة: أنها ادعت أنه قذفها، وأقامت البينة فقال في جوابه: كان هذا مني وعقلي ذاهب، ولم يقل: قذفتها وعقلي ذاهب، فلا يخلو من أحد أمرين؛ [١٨٠/أ] إما أن يعترف له حال جنون أو لا يعترف، فإن لم يعترف له ذلك فالقول قول المقذوفة لأن الظاهر من أمر الناس الصحة والسلامة وثبات العقل وإن عرف أنه قذفها في حال إفاقته يلزمه الحد، وإن أشكل فالقول قوله لأنه إذا أمكن أن يكون كل واحد منهما وتساوي الحالان في الإحتمال كان المرجع إلى قوله لأن الأصل براءة الذمة والحد يسقط بالشبهة وهذا هو المنصوص في كتبه وهو الأصح. ومن أصحابنا من قال: فيه قول مخرج لا يقبل قوله في ذلك والقول قولها لأن الأصل الصحة والسلامة ووجوب الحد وهذا التجريح مما قال الشافعي: إذا كان قدّ ملفوفاً بنصفين ثم اختلف هو ووليه في حياته فيه قولان؛ أحدهما: القول قول القادّ لأن الأصل براءة الذمة. والثاني: القول قول الولي لأن الأصل الحياة وقيل في المسألة قولان: على الإطلاق وهو غير صحيح، فإن قيل: إذا قطع لسان كبير أو يده وادعى الشلل فيه قلتم: القول قوله الجاني قولاً واحداً ولم نعتبر الصحة والسلامة في الأصل، قيل في القذف: الصحة والسلامة في الحال موجودة وفي العضو لا تعرف السلامة ويحتمل أنه كان سليماً ويحتمل أنه كان أشل فكان القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٤).

فرع

لو قال: قذفته وأنا صبي وقال المقذوف: بل بالغ، قال أصحابنا: يجب أن يكون علي قولين لأن الصبي معلوم فهو بمنزلة من علم أنه كان يصيبه الجنون.

فرع آخر

لو ادعى أنه قذفها في النوم لا يقبل قوله إلا بينة عادلة قولاً واحداً. والفرق أن القذف من النائم بعيد والمجنون يقذف ويسب هو الغالب من حاله. [١٨٠/ب].

مسألة: قال(١): «ويلاعنُ الأخرسُ إذا كانَ يعقلُ بالإشارةِ».

الأخرس على ضربين؛ أحدهما: أن لا تكون له إشارة معقولة ولا كناية مفهومة فلا يصح قذفه ولا لعانه ولا عقوده. والثاني: أن يكون له إشارة معقولة أو كناية مفهومة فإشارته تقوم مقام عبارته فيصح قذفه ولعانه كما تصح عقوده بها وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يصح قذفه إلا بالصريح وإشارته كفاية ولا يصح لعانه لأنه كالشهادة ولا تصح شهادته وزاد على هذا وقال: لو كانت المرأة خرساء لا يصح لعان الناطق منها، ولو خرست بعد قذفه قبل اللعان لا يلاعن هو لأن الحكم لا يتم إلا بلعانها، فإذا تعذر لعانها سقط لعانه وهذا غلط لظاهر الآية، ولأن إقراره بالزنا والقصاص يصح فيصح قذفه ولعانه كالناطق. وأما قوله: إن إشارته كفاية لا نسلم لأنه يعلم الصريح منه بالإشارة كصريح الطلاق والعتق. ثم إذا لاعن الأخرس سقط عنه الحد ووجب الحد على امرأته، فإن كانت خرساء لاعنت أيضاً إذا كانت تعقل الإشارة. فإن كانت لا تعقل؛ لا تحد حتى ينطلق لسانها أو تتعلم الإشارة، وأما شهادته؛ قال بعض أصحابنا: تقبل شهادته وهو اختيار ابن سريج. وقال الجمهور وهو ظاهر المذهب: لا تقبل شهادته لأنه يقوم غيره مقامه فيها فلا حاجة إلى تجويزها منه. واللعان لا يجوز إلا من الزوج وبه ضرورة إلى نفي الولد كالناطق واللعان وضع للضرورة فافترقا.

فرع

لو نطق عد خرسه سئل عن إشارته بالقذف واللعان في خرسه، وفي هذا السؤال وجهان محتملان أحدهما أنه استظهار لا واج لنفوذ الحكم بإشارته على ظاهر الصحة، والثاني أنه واجب لأن في الإشارة احتمالاً يلزم الكشف عن حقيقته. [١٨١/أ]

فرع آخر

إذا سئل فاعترف بالقذف واللعان استقر على ما كان، وإن أنكر القذف واللعان فهو كالناطق إذا رجع يقبل ما عليه دون ماله فلا يقبل في الفرقة وإباحة المرأة ونفي القذف ويقبل في وجوب الحد ولحوق النسب أنه لم يلاعن فيهما، فإن قال: أنا ألاعن الآن لهما يقبل، وينتفي الولد ويسقط الحد.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٤).

فرع آخر

لو أقر بالقذف وأنكر اللعان فقد جرى عليه حكم القذف وإن كان مقراً به. وأما اللعان فقد جرى عليه أحكامه ولكنه إذا أنكر وقال: ما لاعنت يعرض عليه اللعان، فإن أجاب كان لعاناً ثانياً بعد أول يتأكد به إحكام اللعان الأول، وإن لم يجب إليه صار كالمنكر للقذف واللعان، فيعود عليه من أحكامه ما له من الحد، ولحوق الولد تغليظاً بعد التخفيف ولا يعود ما عليه من الفرقة، وتحريم التأبيد لأنه تخفيف. وأما قول الشافعي: قال بعض الناس: لا يلاعن الأخرس، أراد أبا حنيفة ثم ألزمه الطلاق والبيع، وقال: ناقض في هذا؛ ووجه المناقضة ظاهر، وذلك أنه ألحقه بالناطق في الطلاق والبيع، ولم يلحقه بالناطق في القذف واللعان.

مسألة: قال[1]: «وأصمتتْ أمامةُ بنتُ أبي العاصِ فقيلَ لها: لفلانِ كذَا أو لفلانِ كذَا فأشارتْ أي نعمْ فرفعَ ذلكَ فرأيتْ أنها وصيةٌ».

إذا أصاب الرجل سكتة أو ثقل لسانه لعارض مرض، نقل المزني أن إشارته تقوم مقام عبارته. وقال في «الأم»[2]: تربصنا به حتى يفيق أو يطول ذلك به فيشير إشارة تعقل أو تكتب كتابه يعقل فيصير كالأخرس واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: يرى رجلين طبيعيين من المسلمين، فإن قالا: إن ذلك يزول انتظر به، وإن قالا: لا يزول ذلك، لاعن بالإشارة كالأخرس. [١٨١/ب] وهو كما قلنا في العضوية إن كانت تزول لم يجز له الاستنابة في الحج، وإن كانت لا تزول جاز له الاستنابة، وأراد الشافعي بقوله: أو يطول، إنه لا يوحي زواله. وممن أصحابنا من قال: كلام الشافعي على ظاهره، وإن كان يطول، وإن قيل: يرجي زواله يلاعن أيضاً وهذا أصح، واختاره القاضي الطبري. ومن أصحابنا من قال: يلاعن في الحال للعجز عند المطالبة والاغتبار الحال لأنه ربما يموت قبل السلامة فيبطل حقه، والدليل عليه خبر أمامة بنت أبي العاص حفيدة رسول الله ﷺ. وقوله: أصمتت أي: أصابتها سكتة اعتقل منها لسانها وذلك الداء يقال له: السكتات والصمتات فنفذت الصحابة إشارتها، وقوله في «الأم»[3]: أو يطول أراد ليتعود الإشارة فتأتي بها وجه الدليل أنه إذا قامت الإشارة مقام العبادة في الوصية فكذلك في اللعان والقذف.

مسألة: قال[4]: «ولو كانتْ مغلوباً علىٰ عقلها فالتعن وقعتْ الفرقةُ ونفيَ الولدُ».

إذا قذف زوجته وهي عاقلة ثم جنت أو قذفها بعدما جنت بقذف مضاف إلى حال إفاقتها كان عليه الحد عنها، وإن قذفها بقذف في حال جنونها كان عليه التعزير، فإن أفاقت وطالبت بالحد أو التعزير كان له إسقاطه ياللعان، وإن لم تقف هل له أن يلاعن

---

(١) انظر الأم (٤/ ١١٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).
(٤) انظر الأم (٤/ ١٤٥).

من غير مطالبة ينظر فإن كان هناك نسب نفي حملاً كان أو ولداً كان له اللعان، وإن لم يكن هناك نسب بل له أن يلاعن لإسقاط الحد من غير مطالبة الحد المذهب أنه ليس له ذلك لأنه لا يخلو إما أن يلاعن لدرء الحد عن نفسه فليس هاهنا مطالب، أو يلاعن لقطع الفراش فيمكنه دفعه بالطلاق [١٨٢/أ] أو لاعن لا يجاب الحد عليها، ولا يمكن ذلك فلا وجه له. وقد ذكرنا عن أبي إسحاق أنه قال: يلاعن، وإن لم يطالب لأن الشافعي قال: ونفى الولد أن انتفى منه فدل على أنه يصح لعانه من دون انتفاء النسب، فقيل لأبي إسحاق في الدرس هذا ما قاله الشافعي في أول الباب، وفي ذلك دلالة على أن ليس للزوج أن يلتعن حتى تطلب المقذوفة حدها فقال: إنما قال الشافعي: ليس عليه، ولم يقل ليس له.

واللعان إنما يجب عليه إذا طالبه بالحد، فأما قبل المطالبة فله ذلك ليسقط عن نفسه ما قد لزمه. وقال جماعة من أصحابنا: ما ذكره أبو إسحق ظاهر المذهب، وذكر هذا القائل أنه يجوز أن يلاعن لقطع الفراش المجرد. والشافعي أجاز هاهنا لقطع الفراش، وهذا لأن اللعان عند القذف حق الزوج احتاج إليه أو استغنى عنه. ومن قال بالأول أجاب عما قال أبو إسحاق بأن قوله: ونفي الولد انتفى منه؛ أراد به أنه إن لم يعقل عن ذكره في اللعان نفي عنه، وإن نسي ذكر أو أعقله لم ينف عنه حتى يستأنف اللعان ويذكره.

فإذا تقرر هذا ولاعن الزوج انتفى الولد، وقت الفرقة، وانتفى النسب وسقط عنه الحد، ولكن لا يجب عليها الحد في الحال لأنها غير مكلفة فلا يقدر على دفعه عن نفسها، فإذا أقامت أقيم عليها الحد إلا أن تلتعن، ولو كان قذف مجنونة فأفاقت بعد لعانه؛ لا لعان عليها لأنها لا تخشى حداً يقام عليها.

مسألة: قال[1]: «ولو طلبهُ وليهَا، أو كانتْ أمةٌ فطلبهُ سيدهَا لمْ يكنْ لواحدِ منهمَا».

أراد به: إذا قذف امرأته وهي عاقلة فجنت، أو قذفها وهي مجنونة بزنا نسبه إلي حالة الصحة وجب عليه الحد، [١٨٢/ب] ولكن لا تطالب به حتى تعتق المرأة فتطالبه به فإن طلبه وليها؛ لم يكن له لأن ذلك لها يتعلق باختيارها، فليس للولي أن يفتأ به عليها. كما نقول في المطالبة بفرقة الإيلاء. وإن قذفها وهي مجنونة بزنا إضافة إلى حال الجنون؛ لم يلزمه الحد، ويلزمه التعزير حق لها كالحد، فليس للولي طلبه حتى يفيق. وإن أراد الزوج أن يلاعن لإسقاطه؛ قد ذكرنا الخلاف فيه وهذا لأنه لا فرق بين الحد والتعزير، وإن كانت امرأته أمة مجنونة لم يجب عليه الحد بقذفها، ويجب التعزيز، وليس للسيد طلبه حتى تفيق فتطالبه به لأنه حق لها دونه تجب بهتك عرضها وعرضها لها بخلاف القصاص يتعلق بالبدن، وبدنها له وقد بينه الشافعي فقال: بعده أو بحد للحرة البالغة ويعزر لغيرها، وذكر في «المهذب» أنه لو جني على عبد رجل يوجب

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٥).

القصاص ثبت القصاص للعبد وله المطالبة به والعفو عنه كما قلنا في حد القذف ومن نظر والفرق ظاهر وذكر في التلخيص ليس للعبد الاختيار فيما جنى عليه دون سيده.

مسألة: قال[1]: «فإنْ ماتتْ قبلَ أن يعفوَ عنهُ فطلبهُ وليهُ كانَ عليهِ أنَ يلتعن أو يحدَ للحرةِ البالغةِ ويعززَ لغيرهَا».

قد بينا أن حد القذف موروث خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا أنه لو قذفها بعد موتها كان لورثتها المطالبة وعلل بأن هذا الحد يثبت للورثة ابتداء لأن العار يلحقهم وهذا لا يصح لأنه قد قذف الميت دون الورثة ويعتبر فيه إحصان للميت دون الورثة.

فرع

اختلف أصحابنا فيمن يرثه علي ثلاثة أوجه؛ أحدها: يرثه جميع الورثة من أهل الإنتساب والأسباب بالزوجية والولاء [١٨٣/أ] لأنه حق موروث لأدمي فيرثه جميع الورثة كسائر الحقوق. والثاني: يرثه عصباته دون النساء لأنه موضوع لدفع العار لولاية النكاح وهو اختيار القفال. والثالث: يرثه جميع ورثته المناسبين ولا يرثه الزوج أو الزوجة لأن الزوجية تنقطع بالموت فلا يلحقه العار وهذا الوجه لم يذكره كثير من أصحابنا بالعراق، وليس للشافعي أصل يدل عليه.

فرع آخر

قال القفال: إذا قذف الزوجة بعد موتها؛ هل يثبت للزوج المطالبة بحد القذف بحق الإرث، فإن قلنا: إذا ماتت الزوجة بعد القذف لم تثبت المطالبة فهاهنا أولى، وإن قلنا: تثبت المطالة فهاهنا وجهان؛ والفرق أن قبل الموت كانت الزوجة قائمة عند القذف، وهاهنا ارتفعت الزوجية عند القذف فلا ثبت له الحق ابتداءً، وهذا حسن. وهكذا الحكم في قذف الزوج هل للزوجة المطالبة بحد القذف أم لا؟

فرع آخر

إذا لم يكن للمقذوفة وارث؛ قال الداركي: قام الإمام مقام الوارث في طلبه، وعلى هذا لو كان القاذف زوجاً يلاعن لإسقاطه، وقال القفال: يسقط موتها ولا يطالبه الإمام ولا يلاعن له؛ والأصح الأول لأن الإمام نائب المسلمين وهم يورثونه.

فرع آخر

إذا جعلناه ميراثاً بينهم فإنه يجري مجرى الولاية في النكاح، فيكون لجماعتهم ولكل واحد منهم كله، فإذا ترك بعضهم حقه فللباقين الاستيفاء كاملاً لأن حد القذف إنما شرع لدفع معرة الميت وكل واحد منهم يقوم مقام صاحبه فيه ولا يندفع العار إلا بتمام الحد، وقيل: جملته أن الحقوق على أربعة أضرب حق يثبت لجماعة الورثة، ولكل واحد منهم بتمامه وكماله وهو ما ذكرناه، [١٨٣/ب] وحق يثبت لجماعة الورثة على

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٥).

الاشتراك ولكل واحد منهم حصته سواء ترك شركاءهم حقوقهم أو لم يتركوا وهو حق المال، وحق يرثه جماعة على الاشتراك، ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئاً منه وهو القصاص إذا عفى أحدهم يسقط الكل، وحق يثبت لهم على الاشتراك، وإذا عفى بعضهم توفر الحق على الباقين وهو حق الشفعة، ونحو ذلك الغنمة أيضاً. ومن أصحابنا من قال في حد القذف: له أوجه؛ أحدها: ما ذكرنا، والثاني: يسقط بعفو أحدهم كالقصاص، والثالث: أنه كما قال: يسقط بالحصة عند عدم أحدهم وهذا يحكى عن أبي الحسن القطان، وهذا والذي قبله ضعيف غير مشهور.

فرع آخر

لو قال: عفوت عن بعض الحد هل يسقط؟ وجهان؛ فإذا قلنا: يصح عفوه؛ هل يصح في ذلك القدر، أو يسري إلى جميعه وجهان.

فرع آخر

لو قذف أمة ثم ماتت اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يسقط التعزير بموتها لأن أقاربها ليسوا ورثة ولا يلحق العار بسيدها وهذا اختيار القفال. وأراد الشافعي بالولي الوارث، وقال الشافعي: فطلبه وليها كان عليه أن يلتعن، ولم يقل: فطلبه وليها أو سيدها، فلما صور ابتداءً المسألة في الحرة والأمة، واقتصر انتهائها على الحرة، عرفنا أنه فصل بعد الموت من ولي الحرة وسيد الأمة، ومن أصحابنا من قال: لا يسقط لأنه حد وجب بالقذف، فل يسقط بموت المستحق كحد الحرة، فإذا قلنا بهذا فالسيد يطالبه لأنه أولى به من غيره، لا على وجه الإرث ولكن لحق الملك وهذا ظاهر كلام الشافعي هاهنا لأنه قال: فإن ماتت قبل أن يعفو عنه فطلبه وليها كان عليه أن يلتعن أو يحد للحرة البالغة [١٨٤/أ] ويعزر لغيرها يعني لأمة وأما ذكر القائل الأول: لا يصح لأن لفظ الولي صالح للسيد ولعل لفظ الشافعي لم يقل أو سيدها لهذا المعنى أو لأنه ذكرهما في الابتداء فاستغنى عن التطويل في الانتهاء ألا ترى كيف جمع في آخر كلامه بين الحرة والأمة فقال: أو يحد للحرة البالغة ويعزر لغيرها وهذا أقيس، وقال ابن أبي هريرة: من أصحابنا من قال: يكون ذلك لقراباتها المناسبين لأنه يثبت لمعنى يرجع إلى النسب فكانوا أحق به من الولي وإن كانوا لا يرثونه وحكاه القاضي الطبري أيضاً قال: هذا القائل ويفارق القصاص لأنه يثبت على وجه البدل عن البدن وبدنها له والحد لهتك العرض وليس للسيد العرض.

مسألة: قال(١): «ولَو التعنَ وأبتْ اللعانَ فعلىٰ الحرةِ البالغةِ الحدُ».

الفصل

إذا امتنع الرجل من اللعان قد ذكرنا أنه يجد حد القذف، وإن امتنعت بعد لعانه من اللعان يلزمها حد الزنا ونبين كيفية الحد في كتاب «الحدود» إن شاء الله وقد ذكرنا

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٥).

مذهب أبي حنيفة، وحكى الشافعي أنه إذا امتنع من اللعان حد والمرأة إذا امتنعت حبست وليس هذا بمذهب أبي حنيفة فلعله مذهب بعض أهل العراق، فإذا تقرر هذا لو كانت له أربع نسوة حرة مسلمة وحرة كتابية وأمة مسلمة وصبية فقذفهن فالكلام في ثلاثة فصول فيما يجب عليه بقذفهن وفي اللعان وفيما يجب عليهن باللعان، أما ما يجب عليه بقذفهن فعليه الحد بقذف الحرة المسلمة البالغة العاقلة العفيفة وعليه بقذف الذمية والأمة. التعزير يكون تعزير قذف، وأما الصبية فعلى ضربين صبية بجامع مثلها [١٨٤/ ب] وصبي لا يجامع مثلها، فإن كانت ممن يجامع مثلها كالمراهقة ونحوها فعليه التعزير بقذفها ويكون تعزير قذف وإن كانت ممن لا بجامع مثلها كالمراهقة ونحوها فعليه التعزير بقذفها، ويكون تعزير قذف وإن كانت ممن لا يجامع مثلها للصغير فعليه التعزيز ولكنه تعزيز سب وشتم لا تعزير قذف، وأما اللعان فله أن يلاعن في حق الكل إلا في الصغيرة في الموضع الذي يجب التعزير للسب فلا يلاعن لأجله وأما ما يجب بلعانه فتى لاعن فإن كانت حرة مسلمة بالغة عاقلة فكأنه أقام البينة عليها بالزنا فرجم عند الإحصان ويجلد ويغرب عاماً عند البكارة وإن كانت حرة كتابية فكذلك أيضاً وإن كانت أمة فعليها نصف الحد خمسون جلدة وهل تغرب قولان إذا قلنا: تغرب بل تكون نصف سنة أو سنة قولان، وإن كانت صبية فلا شيء عليها لأن القلم مرفوع عنها واعلم أن كل من وجب عليه بلعانه حد أو تعزير لها اسقاطه بلعانها فإن لم يلاعن استوفى ذلك منها. وقد قال الشافعي هاهنا: ولا لعان علي الصبية لأنه لا حد عليها. قال القفال: أراد به أنه إذا لاعن هو عن الصبية فهي لا تلاعن ولا يتصور لعانه وهي صبية إذا جوزناه لمجرد رفع الفراش، كما قال أبو إسحق: لأن الولد لا يتصور للصغيرة ويمكن أن يقال: هذا ابتداء كلام ولا يدل على أنه أراد بعد لعانه عنها.

فرع:

إذا قلنا: يعزر في قذف الصغيرة للسب هل يعزر قبل بلوغها وجهان؛ أحدهما: لا يعزر حتى تبلغ. والثاني: يعزر قبل بلوغها لأنه تعزير أدب فلا نقفه على بلوغها.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني فيه وجهان؛ أحدهما: أنه موقوف الاستيفاء على مطالبة الولي لقيامه بحقوقها. والثاني: أنه موكول إلى الإمام في استيفائه لقيامه بالمصالح.

فرع آخر

إذا كانت [١٨٥/أ] الصغيرة ممن يجامع مثلها تقف تعزير القذف على بلوغها لتكون هي المطالبة، وهل له أن يلاعن منها قبل بلوغها لاسقاطه على ما ذكرنا من الوجهين.

فرع آخر

إذا قلنا تغرب الأمة ففي نفقتها مدة تغريبها وجهان؛ أحدها: في بيت المال كمنع السيد منها. والثاني: على سيدنا لأنه لا يملك استخدامها بعد تغريبها.

فرع آخر

إذا بلغت الصغيرة هل لها أن تلاعن بعد لعانه؟ وجهان؛ أحدهما: لا تلاعن لأنه لم يجب عليها بلعانه حد. والثاني: لها ذلك لسفى بلعانها المعرة عن نفسها.

مسألة: قال[١]: «ولا أجبرُ الذميةِ علىٰ اللعانِ إلَّا أَنْ ترغبَ فِي حكمنَا».

الفصل

قد بينا في كتاب «النكاح» أنه هل يلزم على الحاكم أن يحكم بين الذميين إذا جاءا أو أحدهما وأجاب هاهنا على القول الذي يقول: إن الحاكم بالخيار في الحكم بينهم ولا يلزمه أن يحكم بينهم لأنه قال: فإن لم يفعل حددناها أن يثبت على الرضا بحكمنا، وأما إذا تحاكم مسلم وذمية يلزمه الحكم بينهما قولاً واحداً ولا يعتبر رضا الذمية، ولكنه إذا قذفها ولاعن فأبت عن اللعان تركت على هذا القول ولا تجبر عليه لأنه ليس في لعانها إلا درء الحد عن نفسها وهو حق الله تعالى فلا يلزمها ذلك إلا أن ترضى. قال القفال: وعلى القول الذي يقول: يلزم الحاكم الحكم بينهما في مسألة القذف واللعان بالحكم هكذا وهو أنها لا تجبر على اللعان لأن القولين في حق الأدمي وفي حق الله تعالى يحتاج إلى الرضي قولاً واحداً.

قال أصحابنا: وفيما ذكر الشافعي هاهنا دليل على أن الرجل المسلم إذا لاعن وقال: لا أطلب لعان زوجتي وهي مسلمة فالحاكم يطالبها باللعان، فإن لم تفعل حدها لأنه حق الله تعالى فلا يسقط بعدم مطالبة الزوج. وقال المزني: لا يعتبر رضاها [١٨٥/ب] بعد لعانه فإن لم يلاعن حدت لأنها لما رضيت في الأول لزمها حكمنا ولا يعتبر المقام على الرضا واختار أيضاً أن لعن الذمية يجبرون على أحكامنا على أحد. واحتج بأن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا ولو قدروا على أن يدفعا ذلك بترك الرضا لفعلا قلنا: أجمعنا على أنهما قدرا على إسقاط الرجم لأنه ثبت عليهما الزنا باعترافهما وعرف أن يرجع في حقوق الله تعالى إلى متى شاء وأيضاً اتفق حكم الذميين بالرجم لو ردهما رسول الله ﷺ إلى حاكمهم لرجما أيضاً فلا يكون مما فائدة في أن لا يرضيا بحكم الإسلام. ثم قال[٢]: «وقال في الإملاء: إن أَبَتْ أن تُلاعِنَ حددناها» وهذا أحد قوله إنهم يجبرون على أحكامنا فلا يعني بذلك الاحتجاج به، واعلم أن المزني قال في أول كلامه: أولى به أن يحدها لأنها رضيت وقوله لأنها رضيت لغو من الكلام على هذا القول الذي اختاره ولا فائدة فيه؛ لأنا إذا قلنا بهذا القول فتلكأت عن اللعان أقمنا عليها عليها الحد رضيت في الابتداء أو لم ترض وظاهر كلام المزني يوهم كون الرضا في الابتداء شرطا على قوله الذي اختاره.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٤٥).
(٢) انظر الأم (٥/ ١٤٦).

مسألة: قال[١]: «لو كانتْ امرأتهُ محدودةً في زنَا فقذفهَا بذلكَ الزنَا، أو بزنَا كانَ فِي غيرِ ملكهِ عزرَ أَنْ طلبتْ ذلكَ ولَمَ تلتعنْ».

إذا ثبت الزنا عليها بالبينة سقط إحصانها، فإذا قذفها قاذف لم يحد سوى قذفها بالزنا الذي قامت بالبينة أو بغيره وسواء كان زوجاً أو أجنبياً لأن هذا القذف لا يدخل المعرة عليها بقيام البينة به ولأنه قد ثبت صدقه في قذفه فلا يحد ولكنه يعزر للأذى والسب وهل للزوج أن يلاعن لأجله؟ نقل المزني أنه لا يلاعن، وقال في «الأم»[٢]: عزر أن طلبت ذلك [١٨٦/أ] إن لم تلتعن ونقله الربيع، واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: وهو اختيار أبي إسحاق الصحيح ما نقله المزني وغلط الربيع في نقله لأنها إذا كانت محدودة في الزنا فقذفها بذلك الزنا فقد تبين صدقه فاستغني عن تصديق نفسه باللعان، واللعان لا يراد إلا لتصديق قوله والتعزير، وإن وجب به فهو للأذي ولا مدخل للعان فيه. قال أبو إسحاق: ولذلك لو قذف امرأة فحد لها ثم عاد فقذفها بذلك الزنا لم تعد عليه اللعان ثانياً، وعزر للأذى لأن اللعان إنما يدخل في قذف لم يعلم حقيقته وهذا اختيار ابن أبي هريرة أيضاً ويفارق هذا شروع اللعان في قذف الذمية والأمة لإسقاط التعزير لأنه يفيد التصديق هناك، فإن قيل: أليس يفتقر هذا التعزير إلي مطالبتها كقذف الذمية يفتقر في تعزيره إلى مطالبتها، فلو كان هذا التعزير للأذى لما افتقر إلى المطالبة كما لو قال: الناس كلهم زناه قلنا: تعزير السب والأذى على ضربين.

أحدهما: لا يفتقر إلى المطالبة كما ذكرتم لأنه لم يتعين مستحقه. والثاني: يفتقر إلى المطالبة وهو إذا تعين مستحقه وهاهنا هذا التعزير حقها بعينها فيفتقر إلى مطالبتها لهذا المعنى، ومن أصحابنا من قال: الصحيح ما نقله الربيع أن له أن يلاعن لأنه قذف في زنا حصل في ملكه فله التخلص منه باللعان. وتأويل ما نقله المزني أنه قال: عزر أن طلبت ذلك ولم يلتعن أي عزر إذا حصل طلبها وامتناعه من اللعان ولا يجعل قوله ولم تلتعن كلاماً مفرداً أو جوابه هذا راجع إليه إذا قذفها بزنا كان قبل الزوجية فلا تلاعن له [١٨٦/ب] لأن القذف بذلك الزنا لا يوجب اللعان فتكرار القذف به لا يوجبه، وإذا ثبت عليها الزنا في النكاح بالبينة وأقيم عليها الحد كان له اللعان في أصل الزنا فكذلك له اللعان إذا كرر القذف والأول أقيس وأصح، وأما إذا ثبت الزنا عليها بلعانه وامتنعت من اللعان فحدت كأن قذفها الزوج بعد ذلك فلا حد عليه ويعزر للأذى وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان.

وإن قذفها أجنبي فيه وجهان؛ أحدهما: يحد وهو اختيار ابن سريج لأن إحصانها لم يرتفع في حق الأجنبي لأن اللعان حجة خاصة في حق الزوج فلا يبطل إحصانها إلا في حقه. والثاني: لا يحد وهو اختيار أبي إسحق لأنها محدودة في الزنا فلم يحد قاذفها

---

(١) انظر الأم (١٤٦/٥).

(٢) انظر الأم (٢٧٥/٥).

كما لو حدت بالإقرار والبينة. ولو لاعنها الزوج ولم تلاعن هي ولم تعد بعد سقط إحصانها في حق الزوج دون غيره أيضاً لأنه وجب عليها الحد بلعانه، وإن لم تحد وذكر الداركي وجهاً آخر هاهنا أيضاً أنه يسقط إحصانها في حق الكل لأنه ثبت زناها بلعانه كما لو حدت وهذا بعيد. وقال أبو حنيفة: إن كان لها ولد نفاه باللعان سقط إحصانها في حق الكل، وإن لم يكن لها ولد نفاه سقط إحصانها في حق الزوج خاصته. وقد قال: لو قدمت إياه ومعها ولد لا يعرف نسبه فقذفها قاذف لا حد عليه لأن نسب ولدها غير ثابت وهذا غلط؛ لما روي أن النبي قال في خبر هلال فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد، ولو لاعنت ولاعن الزوج ثم قذفها ثانياً بذلك الزنا لم يجب عليه الحد ويعزر لأن اللعان حجة في حقه كالبينة، ولو أعاد القذف بعد إقامة البينة لا يلزمه الحد لكن ذكر جماعة أصحابنا.

وذكر صاحب «الحاوي»[(١)] و«الشامل» أنه يلزمه الحد [١٨٧/أ] وجهاً واحداً لأنه عارض لعانه لعانها ولم يثبت عليها الزنا ولا وجب الحد علها فلم يزل إحصانها وهذا أقيس عندي لو قذفها بعد التلاعن بزنا آخر فيه وجهان لأصحابنا؛ أحدهما: لا حد لقيام الحجة علي زناها، وإن عارضها بلعانها، والثاني: يحد لزنه لم يقم الحجة على هذا الزنا، واللعان حجة خاصة فيما تقدم، ولم يقم الحد عليها وهذا اختيار القفال. وذكر مرة أن في المسألة قولين؛ ونص في «القديم» أنه يحد، ولو قذف زوجته ولم يقم البينة ولم يلاعن، فحد لها ثم رماها بذلك الزنا، عزر ولا يحد أيضاً، ولو رماها بزنا آخر فيه وجهان؛ أحدهما: وهو اختيار ابن الحداد لا يحد لأنه حد لها فلا يحد. والثاني: يحد، وهما مبنيان على القولين الأجنبي يحد في قذف الأجنبي ثم قذفه ثانياً بزناً آخر، هل يحد أم لا؟ ومن العلماء من قال: يجب الحد ثانياً إذا أعاد القذف بكل حال كما لو تكرر الزنا بعد إقامة الحد وهذا غلط لأن أبا بكرة كرر قذف المغيرة بعد إقامة عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحد عليه، ولم يحده عمر، ولأن حد القذف يراد بالتكذيب، وقد ذكرناه حين حددناه فلا حاجة إلى الحد ثانياً.

وأما إذا قذف زوجته بزنا؛ وكان قبل الزوجية ولم يقم عليه بينة، فإن لم يكن هناك ولد حد لها؛ ولا يكتفي لأنه لا ضرورة به إلى رميها بالزنا قبل الزوجية؛ وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال أبو حنيفة: له أن يلاعن لأن الزوجية كانت قائمة وقت القذف والاعتبار بحالة القذف وهذا غلط لما ذكرنا، وإن كان هناك ولد يريد نفيه فيه وجهان؛ أحدهما وهو اختيار أبي إسحاق: لا يلاعن لأنه لا حاجة به إلى إلحاق الزنا إلى ما قبل الزوجية، فإذا فعل ذلك لا يلاعن وبه قال مالك وأحمد في رواية والنسائي؛ وهو اختيار ابن أبي هريرة [١٨٧/ب] وصاحب الإفصاح والقاضي الطبري؛ يلاعن لأن به حاجة إلى قذفها لنفي الولد فأشبه إذا قذفها بالزنا في الزوجية وهذا أصح، ولو قذف

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٣).

الزانية بزنا آخر في ملكه يلاعن لنفي التعزير وبه قال أبو حنيفة لأنه لم يصدقه بهذا القذف فصدق نفسه. ثم اعلم أن الشافعي في جمع هذا الفصل بين مسألتين مختلفتي الحكم وأجاب بجواب واحد فقال: ولو كانت امرأته محدودة في زنا فقذفها بذلك الزنا أو بزنا كان في غير ملكه عزر ومعلوم أنه إذا قذفها بزنا قد حدث فيه فحكمه التعزير، وإذا قذفها بزنا كان في غير ملكه وليست محدودة فيه فحكمه الحد لا التعزير؛ فكيف أجاب في المسألتين جميعاً وجوب التعزير، وهذا مشكل وإزالة هذا الإشكال أن يقال: الشافعي كثير الجمع بين مسألتين، ثم يجيب عن إحديهما فكأنه أجاب بالتعزير في المسألة الأولى وهي: إذا كانت محدودة في ذلك الزنا؛ ولم يجب عن المسألة الثانية وهي إذا كانت غير محدودة، ولو أجاب عن الثانية لكان يجب بوجوب الحد. أو يقول: يحتمل أن يريد بقوله: بزنا كان في غير ملكه وهي محدودة في ذلك الزنا، والمسألة الأولى مصورة في زنا في ملكه؛ وهي محدودة فيه أيضاً، وإذا كانت المسألتان جميعاً مصورتين في الزنا الذي حدث فيه فجوابهما التعزير، وإن كانت في إحديهما زنت في ملكه، وفي الأخرى زنت في غير ملكه.

مسألة: قال(١): «وإن أنكرَ أنْ يكونَ قذفهَا فجاءتْ بشاهدينِ لاعنْ وليسَ جحودهُ القذفَ إكذاباً لنفسَه».

صورة المسألة: أن تدعي امرأة على زوجها أنه قذفها فجاءت بشاهدين فشهدا عليه بالقذف قال الشافعي(٢): له أن يلاعن وليس جحوده القذف [١٨٨/أ] إكذاباً لنفسه ولا خلاف على المذهب أنَّ له أن يلاعن ولكن اختلف اصحابنا في أن جحوده القذف إكذاباً منه لنفسه، أم لا فمنهم من قال: ليس بإكذاب وهو ظاهر ما قاله هاهنا؛ ووجهه أنه يقول: أنا ما قذفتها لأن القذف هو القول الكذب الزور، وإذا قلت: حقاً؛ والبينة إنما شهدت على أني قلت لها: يا زانية وأنا صادق في ذلك ولست بقاذف؛ فلا يكون فيه تكذيب لنفسه. ومن أصحابنا من قال: هذا تكذيب منه لنفسه لأنه نفى أن يكون قذف وقد قامت البينة عليه بالقذف وحكمنا عليه بالقذف. ألا ترى أنَّا نحده بالقذف إلا أنَّا مع كونه مكذباً له أن يلاعن وثبت الزنا عليه، وإن كان قد جحد الكذب وصار مكذباً فيه وهو اختيار أبي إسحاق. ومنهم من قال: هذا تكذيب منه لنفسه؛ ولكنه يلاعن لأنه يقول: ما قذفت ولكن هي زانية فيكون بهذا القول قاذفاً، ومتى قال لها: ألا إن هي زانية فقد أحدث قذفها فيلتعن لأجل هذا القذف الحادث ويحققه باللعان، ولو قال: كذبت فيما قلت هي ما زنت ولم أقذفها، لم يكن له اللعان وكذلك إذا ادعت عليه أن قال لها: يا زانية فقال: ما قلت ذلك، وأقامت البينة بذلك فقد كذب نفسه فعليه الحد ولا يلاعن لأنه تقدم منه إقرار بأنها ليست بزانية فليس له أن يرجع ذلك؛ وكيف يقول في لعانه: إني لمن الصادقين فيما رميتها به، ولم يوجد منه القذف على

(١) انظر الأم (١٤٦/٤).

(٢) انظر الأم (٢٧٦/٥).

قوله، فالقائل الأول والثاني يقولان: يلاعن للقذف الأول، والقائل الثالث يقول: يلاعن للقذف المجدود. ومن قال بالأول قال: حصل قذفها في لفظ لعانه حيث يقول: إني لمن الصادقين فيما رميتها به فلا يحتاج إلى تجديد هذه اللفظة [١٨٨/ب] متى أراد اللعان وقال ابن أبي ليلى: لا يلاعن لأنه جحد القذف وقاعدة اللعان القذف وقصد الشافعي بماذكر من العلة هو.

مسألة: قال(١): «ولو قذفَها ثم بلغَ لم يكنْ عليهِ حدٌّ ولا لعانٌ».

الصبي إذا قال لزوجته: يا زانية لم يكن قذفاً ولا حد عليه ولا تعزير أيضاً لأنه لا حكم لكلامه، فإن بلغ وأراد اللعان لم يكن له لأن اللعان إنما يكون على القذف وليس هذا بقذف، وقال القفال: ولكن يؤدب الصبي على ما قال: إن كان يعقل عقل مثله، فإن لم يؤدب حتى بلغ لم يؤدب بعده لأنه زال المعنى الذي ونبه.

مسألة: قال(٢): «ولو قذفَها فِي عدةٍ يملكُ فيهَا رجعةَ فعليهِ اللعانُ».

الرجعية في حكم الأزواج فيلاعنها زوجها ولا يؤخر إلى أن يراجع كما يؤخر أمر الظهار والإيلاء لأن الظهار تحريم وهي محرمة والإيلاء مضارة ولا تبين المضارة في حال التحريم واللعان يراد لأمور تتحصل الآن وفي تأخيره ضرر بما يموت فيبقى النسب غير منتفي في الحال فيلاعن.

مسألة: قال(٣): «ولو بانتْ فقذفَها بزناً نسبهِ إلى أنه كانَ وهيَ زوجتُه حدُ ولا لعانَ».

إذا أبان زوجته بالطلاق الثلاث أو الخلع أو الفسخ ثم قذفها بزنا كان بينها في حال الزوجة نظر، فإن لم يكن هناك ولد ينفيه لم يجز له أن يلاعن، وحد إن لم يأت بالبينة لأنه لا ضرر فيه إلى قذفها بعد البينونة، وقال عثمان البتي: له أن يلاعن، وبه قال الأوزاعي وأحمد؛ وقيل عن أحمد مثل قولنا وهو الصحيح. وإن كان هناك ولد يريد نفيه له أن يلاعن وقال أبو حنيفة: لا يلاعن لأنه قذفها في غير الزوجية فأشبه إذا لم يكن هناك ولد وهذا غلط لأنه لا حاجة به إلى قذفها [١٨٩/أ] واللعان عند عدم الولد وبه حاجة إلي ذلك عند وجود الولد لئلا يلحقه نسب ولد ليس منه فافترقا، واعلم أن الشافعي ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: فلم لاعنت بينهما وهي بائن إذا ظهر بها حمل قيل: كما ألحقت الولد لأنها كانت زوجة فلاعنت أيضاً عند الاحتياج لأنها كانت زوجة، ثم قال الشافعي: نفى رسول الله ﷺ الولد وهي زوجة فزال الفراش كأن الولد بعدما يتبين أولى ينتفى، ومعناه أن اللعان إذا لاقى الفراش تعلق به قطع الفراش وقطع النسب ودرء الحد، فإذا انقطع الفراش بالطلاق كيف لا يقوى اللعان على دفع النسب ودرء الحد وهو بعض ما كان يقوي عليه قبل ذلك.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٦٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٤٦).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٤٧).

فرع

إذا لاعن منها عند وجود الولد ونفي نسب الولد؛ هل تحرم هي على التأبيد عليه؟ لا نص فيه؛ واختلف أصحابنا فيه على وجهين؛ أحدهما: تحرم على التأبيد وهو الأشبه، والأصح أن اللعان إذا صح تعلق به التحريم على التأبيد كما لو لاعن زوجته، ولأن كل نسب يوجب التحريم المؤبد إذا صادف الزوجية أوجب التحريم المؤبد، وإن صادف غير الزوجية كالرضاع، والثاني: لا تحرم على التأبيد لأن التأبيد تابع لوقوع الفرقة بهذا اللعان، ولأنه تحريم يختص به الأزواج، فإذا صادف البينونة لا حكم له في الطلاق.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني، هل يجرى عليه حكم الطلاق الثلاث حتى لا تحل إلا بعد زوج لأن أضعف أحواله أن يكون الطلاق، والثاني: تحل قبل زوج إذا لم يستكمل عدد الثلاث بالطلاق المقدم لأن هذا اللعان لم يؤثر في الفرقة فلم يؤثر في التحريم أصلاً، ولو أثر في التحريم لكان تأثيره في تحريم التأبيد أولى. [١٨٩/ب]

فرع آخر

قال القفال: إذا لاعن فنفى الولد وحده فهل تلاعن المرأة؟ فيه وجهان؛ أحدهما: تلاعن كما في النكاح، والثاني: لا تلاعن؛ لأن نفي الولد ضد مقتضى لعانها فلا معنى للعانها فيه. قال: وهذان الوجهان مبنيان على أنها هل تذكر أمر الولد في لعانها أم لا، والوجه الثاني أظهر لأن الشافعي قال: لو نسي الحاكم نفي الولد في اللعان قال الزوج: إذا شئت نفيه فلاعن، فإذا أعاد لم تعد المرأة لعانها كذلك هاهنا لا يلاعن ولا يحد فإنه لم يلاعن لإثبات الزنا عليها وإسقاط الحد عن نفسه وإنما لاعن لنفي الولد وحده.

فرع آخر

لو كان بها حمل يريد نفيه في المسألة التي ذكرناها نقل المزني بأن له أن ينفيه باللعان فقال: إلا أن ينفي به ولداً أو حلاً فيلتعن، وذكر المزني في «الجامع الكبير» هذه المسألة؛ وقد قال الشافعي: لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولداً أو حملاً فيلاعن للولد ويوقف للحمل، فإذا ولدت التعن فإن لم يلاعن حدَّ، ثم قال المزني: أولى بقوله أن يلتعن، وإن لم تلد إذا ان الحمل. واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: التلاعن على نفيه قولاً واحداً كما نقل المزني لأن المقصود باللعان هاهنا النفي. ألا ترى أنه لو لم يكن هناك ولد لا يلاعن فلا يجوز ذلك، حتى يتيقن الولد الذي هو سبب صحة اللعان وحمل أبو إسحاق ما نقله المزني على ما قرره في «الجامع الكبير» وهو أنه يلاعن إذا وضعت، ويخالف هذا إذا كانت زوجته حاملاً له أن يلاعن وينفي الحمل قولاً واحداً لأن المقصود هاهنا درء الحد عن نفسه، وينفي النسب تبعاً لأنه، وإن لم

يكن ولد يلاعن أيضاً، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: ما ذكرنا وهو الأصح. والثاني: لهِ أن يلاعن لنفيه كما في الزوجة يصح اللعان لنفي حملها كما يجوز لنفي ولدها المنفصل [١٩٠/أ] وقيل: هذان القولان مبنيان على أن الحمل هل يعلم أم لا حتى يلزم الاتفاق عليها للحمل، وفيه قولان؛ وهذا ضعيف لأنه لا يشبه النفقة فإنه إذا اتفق فلم يكن حمل يمكن الرجوع عليها ولا يمكن الرجوع في حكم اللعان.

فرع آخر

لو قذف زوجته وهي حامل له أن يلاعن لنفي نسب الحمل على ما ذكرنا، وإن لم يكن صرح بقذف الزنا، وبه قال مالك: ولو اختار تأخيره إلى ما بعد الانفصال كان له. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يلاعن لنفيه بحال، ولو قذفها بزنا صريح ولاعن منها. قال أبو حنيفة منع الفرقة إذا لاعنت أيضاً وفرق الحاكم بينهما ثم تلحق نسب الولد ولا يقدر على نفيه بحال لأن اللعان لا يصح بعد زوال النكاح وهذا غلط؛ لأنه ولد يلحقه نسبه فله نفيه باللعان كالولد المنفصل ولأن هلال بن أمية لاعن على الحمل وقد قال النبي ﷺ: إذا جاءت به على نعت كذا وكذا أفلا أراه إلا وقد صدق عليها، وهذا نص صريح.

فرع آخر

لو استلحق الحمل لحقه، ولم يكن له نفيه بعده وقال أحمد: لا يصح استلحاقه ولا نفيه وهذا غلط؛ لأنه محكوم بوجوده لأنه يوقف له الميراث وتجب له النفقة فصح الإقرار به واحتج بأن إقراره به معلق بشرط إن كان بها حمل فلا يصح عليها لو علق الإقرار بدخول الدار قلنا: لا نقول إنه معلق بشرط ولكن نقول حكمه يظهر به في الحال.

فرع آخر

لو قذفها ثم أبانها له اللعان سواء أكان هناك ولد أو لا وقال أبو حنيفة: سقط اللعان بالإبانة وهذا غلط؛ لأنه ثبت حق اللعان بالقذف فلا يسقط بحادث الإبانة بعده.

فرع آخر

لو كان هناك ولد فلاعنها ووقعت الفرقة بينهما ثم قذفها بزنا آخر نسبه إلى حال الزوجية لا يلاعن لأنه لا نسبه هناك ينفيه وهل يلزمه الحد؟ فيه وجهان؛ [١٩٠/ب] أحدهما: لا يحد ويعزر لأن اللعان أسقط إحصانها على ما ذكرنا. والثاني: يحد لأن حكم اللعان لا يتعدى إلى غير حال الزوجية.

مسألة: قال[١]: «ولو قالَ: أصابكَ رجلٌ في دبركِ حدَّ ولاعنَ».

القذف في الدبر والقبل سواء لأن الدبر فرج ينبغي بالإيلاج فيه لذة كاملة، فكان

---

(١) انظر الأم (١٤٧/٤).

القذف به موجباً للحد كالقبل، ثم إن قذف به امرأته لاعن لأن به ضرورة إلى قذفها به، وإن قذف به أجنبية أو رجلاً أو غلاماً يحد إلا أن يأتي بأربعة شهداء، وقال أبو حنيفة: لا يصح القذف ولا يلاعن أصلاً ويعزر بناءً على أصله أنه لو تحقق ذلك لا يحد بل يعزر، وذكر المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير» وقال: لا أدري على ماذا أقيسه كأنه أنكر هذا المذهب، فنقول له: قسه على القبل كما ذكرنا. وحكى صاحب «الحاوي»(١) عن المزني: إذا قذف بالإتيان في الدبر يجب الحد ولا يجوز اللعان لأنه لا يختلط بمائه، ولا يقدح في نسبه. وعلى ما ذكرنا إذا لاعن في هذه المسألة سقط الحد عنه وثبت التحريم به وفي جواز نفي الولد به وجهان؛ أحدهما: لا يجوز لاستحالة العلوق منه، ويلحق الولد بالزوج إلى أن يقذف بما يكون منه الولد ويلاعن لنفيه وهو اختيار العمري. والثاني: يجوز لأنه يحتمل أن يسبق الإنزال فيستدخله الفرج فتعلق به.

فرع

لو قال: أنت سحاقة، أو أصابك رجل فيما دون الفرج، أو قبلك، أو عانقك، لا يلزمه الحد ولا لعان أيضاً وعزر للأذى لأن هذا الفعل لو تحقق لا يوجب الحد.

فرع آخر

لو قال: وطئك رجلان في حالة واحدة عزر ولم يحد لاستحالته، وهذا التعزير للأذى.

فرع آخر

لو قال: علوت علي رجل ودخل منه في ذلك منك؛ يلزمه الحد، وله اللعان لأنه لو تحقق عليها ذلك وجب الحد نص عليه في «الأم»(٢) [١٩١/أ].

مسألة: قال(٣): «ولو قالَ لها: يا زانيةُ بنتُ الزانيةِ وأمهَا حرةٌ مسلمةٌ».

الفصل

إذا قال لامرأة: يا زانية بنت الزانية فقد قذف كل واحدة منهما وعليه لكل واحدة منهما حد قولا واحداً ولا يتعلق حكم إحديهما بالأخرى لأنه أفرد كل واحدة منهما بالقذف بخلاف ما لو قذف اثنتين بكلمة واحدة يلزم حد واحد في أحد القولين لأنه جمعهما في القذف بكلمة واحدة، ولا فرق بين أن يقول: يا زانية بنت الزانية وبين أن يقول: زنيت وأمك زنت، ولو قال: أنت وأمك زانيتان قال القفال: فإن قلنا: في الأجنبيتين يلزم حدان فهاهنا أولى وإن قلنا: هناك يلزم حد واحد فهاهنا وجهان؛ لأن الموجب مختلف يلاعن في إحديهما ولا يلاعن في الأخرى والأصح أنه يجب حد

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/٣٨).
(٢) انظر الأم (٥/٢٧٦).
(٣) انظر الأم (٤/١٤٧).

واحد هاهنا أيضاً لأن الحجة مختلفة لا الموجب، فإذا تقرر هذا لا يجوز لامرأته أن تطلب حد أمها وإنما المطالبة إلى الأم أو وكيلها، فإن كانت الأم ميتة فهي تطلب حد أمها مع باقي الورثة على قولنا إنه يثبت حد القذف لجميع الورثة الرجال والنساء، ولو جاءت البنت تطلب حدها والأم غائبة كان له إسقاطه بالبينة أو اللعان، فإن عجز عنها حدّ لها، وإن جاءت الأم قبل البنت كان له اسقاط حدها بالبينة خاصة فإن لم يكن بينة حد لها ولو جاءتا معاً فالمنصوص أنه يقدم حد الأم وهو المذهب.

ومن أصحابنا من قال: يقدم حد البنت وهو اختيار أبي اسحاق لأن الحد لها سبق حد الأم بقوله: يا زانية ثم قال: بنت الزانية وهو كما لو قتل رجلاً ثم رجلاً قدم القصاص الأول ولأنه إذا قذف أجنبيتين بكلمتين يبدأ الحد من قدم أولاً كذلك هاهنا والأول أصح لمعنيين؛ أحدهما: أن حد الأم مجمع عليه [١٩١/ب] وحد البنت مختلف فيه، فإن عند أبي حنيفة لا يجب الحد لها بل يجب اللعان فقط والثاني: أن حد الأم أقوى لأنه لا يمكن إسقاطه إلا بالبينة وحد البنت يسقط باللعان فإذا قلنا: تقدم الأم فحددناه لها ثم جاءت البنت وطالبته فلم يلاعن ولا يأتي ببينة يلزم الحد لها ولكن لا يقيم عليه الحد حتى يبرأ من الحد الأول لأنه لا يجوز الموالاة بين الحدين مخافة التلف ويحبس حتى يبرأ للحد الثاني.

فإن قيل: أليس لو اجتمع عليه قطعان قطع في يمينه بسرقة، وقطع في يساره بجناية يوالي بين القطعين فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن القصد من الحد الزجر فأمر بحد الظاهر منه البقاء دون التلف ونخاف التلف بين الموالاة بين الحدين ولا يمكن أن يقال في القطع أمر بقطع لا يؤدي إلى التلف لأن ظاهر القطع التلف فوالينا بين القطعين وفي هذا نظر؛ لأنه يلزم على هذا أن يقطع في شدة الحر والبرد ولا يقطع عند وجود ذلك وأيضاً الحد مقدر بالشرع فلا يراد عليه، ولهذا لو تكرر سببه لم يتكرر الحد، فلو والينا بين الحدين أضر به وأدى إلى خلاف موضوعه والقصاص يجوز أن يجب في الأطراف كلها لواحد ويستوفى له في حالة واحدة أن يجب لاثنين ويستوفى لهما في حالة واحدة، وإذا قدمنا البنت ولم تلاعن ولم تقم البينة نحده لها ثم يخاصم الأم ونحده لها بعد برئه من الحد الأول على ما ذكر القفال عن بعض أصحابنا أنهما إذا اجتمعا على المطالبة يقرع بينهما لأن الكلام فصل واحد.

وقال أبو حنيفة: إن لاعن الابنة يحد للأم، وإن حد للأم أولاً بطل حق البنت لأنه يصير محدوداً في القذف فلا يصح لعانه. قال: وإن اجتمعا يقدم حد الأم أولاً ثم يلاعن [١٩٢/أ] واعلم أن الشافعي ربما يستقصي شرائط مسألة في موضع ثم إذا استقبلته تلك المسألة يذكر بعض شرائطها اعتماداً منه على ما قد استقصى وهاهنا فعل على هذه العادة فقال: «وأمها حرة مسلمة» فاقتصر من ذكر شرائط الإحصان على الحرية والإسلام ولم يذكر العقل والعفة.

فرع آخر

لو قذف عبد رجلين فوجب عليه حدان هل يوالي بين الحدين؟ يحتمل وجهين ذكرهما أبو إسحاق؛ أحدهما: يوالي لأن الذي يقام عليه الحد ثمانون جلدة وقد يجوز أن يوالي عن الحر ثمانون جلدة والثاني: لا يوالي لأنهما حدان في حقه، والأول أقرب عندي.

فرع آخر

لو ثبت على رجل حدان لله تعالى أحدهما بالإقرار، والآخر بالبينة قال القفال: قدم ما ثبت بالبينة فإنه ربما يرجع عن الإقرار، فهاهنا أيضاً ينبغي أن يقدم حد الأم لأنه ربما يسقط حد الابنة باللعان.

مسألة: قال(١): «ومتىٰ أبىٰ اللعانُ فحددتهُ إلَّا سوطاً ثمَ قالَ: أنا ألتعنُ، قبلتُ رجوعَه ولا شيءَ لهُ فيمَا مضىٰ».

اللعان في هذا كالشهادة عندنا لا كاليمين فإذا حددناه إلا سوطاً ثم قال: أنا أعود إلى اللعان أعدناه كما لو قال: أنا أقيم البينة قبلناها وتركناه، وكذلك المرأة إذا وجب الحد عليها بلعان فحده إلا سوطاً فقالت: أنا أعود إلى اللعان قبلنا وعادت إلى اللعان، فيسقط بلعانها ما بقي من الحد ولا شيء عليه فيما مضى من الضرب لأنه كان ضرباً ليمين ويخالف هذا إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وردت اليمين إلى المدعي فقال المدعى عليه: أنا أحلف؛ لا يرد عليه اليمين لأن اليمين صارت حجة للمدعي، فلم يجز أن يأتي بها المدعى عليه وليس كذلك اللعان لأنه لا يصير بنكوله حجة لغيره. قال القفال: لو أقيم عله الحد في التمام؛ ثم قال: ألاعن؛ لأصدق نفسي لم يقبل منه وهذا صحيح. [١٩٢/ ب]

مسألة: قال(٢): «فإنَ قالَ قائلٌ: كيفَ لاعنتَ بينهُ وبينَ منكوحةٍ نكاحاً فاسداً بولدٍ، والله تعالىٰ يقول: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ [النور: ٦]، وهذهِ لستْ بزوجةٌ».

الفصل

نقل المزني سؤالاً قبل بيان المذهب؛ فنحن أولاً نبين المذهب وهو أنه: إذا قذف المنكوحة نكاحاً فاسداً لم يكن له اللعان إلا أن يكون هناك ولد يريد نفيه فيكون حكمه حكم المطلقة البائن في جميع ما ذكرناه. وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يلاعن عنها بحال لأنها أجنبية منه وهذا غلط، وذكر الشافعي هاهنا وهو أنه لو جعل الوطىء في النكاح الفاسد كالوطىء في النكاح الصحيح في الأحكام من وجوب المهر والعدة ولحوق النسب فكذلك بالنفي باللعان، وقيل: هذا في النفي باللعان أولى لأن النسب أقوى في النكاح الصحيح، فإذا جاز نفي الأقوى فلأن يجوز نفي الأضعف أولى،

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٨).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٤٨).

وهكذا الخلاف في الموطوءة بالشبهة إذا قذفها، فإن كان هناك ولد لاعن وإلا فلا يلاعن، وعند أبي حنيفة لا يلاعن؛ وهذا غلط لأنه يحتاج إليه لنفي ولد ليس منه، واللعان للنفي عند الاحتياج. وذكر القفال عن بعض أصحابنا أنه إن لم يكن هناك ولد، وكان عالماً بفساد النكاح لا يلاعن، وإن لم يكن عالماً بفساد النكاح هل يلاعن؟ وجهان؛ وهذا غريب ضعيف. وقيل: جملة الأحكام المتعلقة باللعان أربعة؛ درء الحد عن نفسه، ونفي الولد، وقطع الفراش، وإلحاق الحد عليها. وهاهنا حكمان مقصودان يجوز إفراد كل واحد منهما باللعان وهما درء الحد عن نفسه إذا طالبه به، والثاني: نفي النسب وفيها حكمان تابعان لا يجوز إفرادهما باللعان؛ وهو قطع الفراش وإيجاب الحد عليها، والفرق أن به حاجة إلى نفي النسب، ودرء الحد عن نفسه باللعان، [١٩٣/أ] فإن غيره لا يقوم مقامه في ذلك، ولا حاجة به إلى إيجاب الحد عليها ولا إلى قطع الفراش فإنه يمكنه ذلك بالطلاق وهذا هو المذهب الصحيح.

فرع

إذا لاعنها في النكاح الفاسد على ما ذكرنا؛ قال القاضي الطبري: لها أن تلاعن لدرء الحد عن نفسها وقد ذكرنا عن القفال خلاف هذا؛ وهو القياس، والمشهور ما ذكره عن القاضي.

فرع آخر

إذا قذفها ولاعن لإسقاط الحد عن نفسه ثم بان أن النكاح كان فاسداً لا تحرم عليه المرأة باللعان؛ لأن اللعان لا يصح في النكاح الفاسد، فلا يتعلق به التحريم.

فرع آخر

قال أحمد بن حنبل: لا تعجبون من أبي عبد الله يقول للسيد أن يلاعن في أم ولده حكاه ابن أبي هريرة، فمن أصحابنا من قال: هذا قول في المسألة للشافعي. وإذا لاعن حرمت على التأبيد كالزوجة، والمشهور أنه لا يلاعن عنها لأنه يمكنه نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء واليمين عليه فلا حاجة إلى اللعان. قيل: أراد بأبي عبد الله؛ سفيان الثوري، وهذا غلط لأنه روي أنه قال من الشافعي، وقيل: أراد إذا كانت زوجته أمة فإن أحمد قال: لا يجوز نفي ولدها باللعان؛ وهذا غلط أيضاً. وقال صاحب «التقريب»: إن صح أن أراد به الشافعي فالمراد باللعان اليمين إذا ادعى الاستبراء.

فرع آخر

إذا اشترى امرأته فجاءت بولد ولم يقر بوطئها لدون أربع سنين له النفي باللعان، وإن جاءت به لأكثر من أربع سنين من يوم الشراء فهو منفي بلا لعان، وإن أقرَّ بالوطيء، فإن جاءت به لأقل ممن ستة أشهر فله اللعان، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لحقه إلا أن يدعي استبراءً بعد الوطيء، وتأتي به لستة أشهر فصاعداً بعد الاستبراء فلا يلحقه [١٩٣/ب].

مسألة: قالَ[١]: «وقالَ بعضُ الناسِ: لا يلاعنُ إلا حرَّانِ مسلمانِ».

الفصل

قصد به الرد على أبي حنيفة وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وذكر الشافعي أن أبا حنيفة ترك ظاهر الآية لمعنى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦]. ولم يفصل بين الحر والعبد، وذكر أنه قال: اللعان شهادة وليس كذلك بل هو يمين لأنه لا يجوز أن يشهد بنفسه ولكانت المرأة تأتي بثماني شهادات، لأنها على النصف من الرجل في الشهادة، وإنه يصح من الأعمى والفاسق، ولا تجوز شهادتهما، ثم ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: الفاسق والفاسقة قد يتوبان، قلنا: وكذلك العبد قد يعتق فتجوز شهادته ثم أكد هذا بأن العبد إذا أعتق تقبل شهادته في الحال، والفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته في الحال، ثم الذمة أن الذمي من أهل الشهادة على الذمي والذمية، وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض عنده فينبغي أن يجوز اللعان بين الذمي والذمية أيضاً. واعلم أن الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته إلا بعد مدة الاستبراء، وهذه المدة قدرها بعض أصحابنا بسنة وكلام الشافعي هاهنا يدل على أنها لا تتعذر، بل الرجوع بها إلى العرف والعادة لأنه قال: لو تابا لم يقبلا إلا بعد طول مدة يختبران فيها ولم يقدر.

باب أين يكون اللعان؟

مسألة: قال[٢]: «قالَ: وروي عن رسولِ الله ﷺ أنهُ لاعنَ بينَ الزوجينِ علىٰ المنبرِ».

الفصل

جملته أن اللعان لا يصح إلا بحضرة الحاكم لأنه يمين ولا يصح يمين المتداعيين إلا بحضرة الحاكم. وأيضاً اللعان الذي كان في الشرع إتيان هلال بن أمية [١٩٤/أ] ولعان العجلاني وكلاهما كان بحضرة الرسول ﷺ فإذا تقرر هذا فاللعان يغلط أربعة أشياء؛ باللفظ، والمكان، والزمان والجمع أما باللفظ وهو أن يأتي كل واحد منهما بأربع شهادات؛ بالله وحكمه اللعن أو الغضب على ما نطق به الكاتب وهذا شرط بلا خلاف. وأما المكان فهو أن يلاعن فهو أن لاعن في أشرق البقاع، فإن كان بمكة ففي المسجد الحرام بين البيت والمقام، وقيل بين الركن والمقام وكلاهما واحد، قال القفال: أحلف في الحجر وهذا لا بأس به ولكنه غير مشهور، وإن كان في المدينة قال الشافعي[٣]: هاهنا على المنبر، وقال في موضع آخر: عند منبر رسول الله ﷺ.

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: هذا على اختلاف حالين فالذي قال على

(١) انظر الأم (٤/١٤٩).
(٢) انظر الأم (٤/١٥٠).
(٣) انظر الأم (٥/٢٧٦).

المنبر أراد إذا كثر الناس ليراه الناس، والذي قال: عند المنبر إذا قل الناس، وقال ابن أبي هريرة: يلاعن عند المنبر لا على المنبر بكل حال لأن في صعودهما على المنبر إعظام لهما ولا يجوز ذلك؛ لأنهما فاسقان أو أحدهما والذي قال على المنبر معناه عند المنبر كما يقال: حلف على المصحف يعني بالمصحف وهذا لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، وأما ما رواه الشافعي بإسناده عن النبي ﷺ أنه لاعن بين زوجين على المنبر قيل: رسول الله ﷺ كان على المنبر قاعداً والمتلاعنان بين يدي المنبر ويؤمر الحاكم لأن بهذا وقيل: معناه أمر الملاعن بأن يصعد المنبر والرسول ﷺ كان جالساً عند المنبر فصعد العجلاني المنبر ولاعن ثم نزل وصعدت المرأة المنبر ولاعنت ويؤمر الحاكم الآن بهذا.

قال القفال: وهذا أصح [١٩٤/ب] لأنه رئي على عثمان رضي الله عنه أن يحلف على المنبر فأبى أن يحلف وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه. وإن كان في بيت المقدس ففي موضع الاختيار من مسجدها وجهان؛ أحدهما: عند الصخرة وهو المشهور لأنها أشرف بقاعه، وقال أبو حامد وجماعة: يكون على المنبر أو عنده لأنه أخص بالشهرة، وإن كان في سائر البلاد ففي جوامعها عند المنبر لأنها أشرف البقاع، ومن أصحابنا من قال: لا يختص بالمنبر في سائر البلاد لأنه لا مزية لبعض المسجد على بعض في سائر البلاد ويخالف المدينة لأن النبي ﷺ قال: «ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة»[١] ذكره في «الشامل» ولم يذكره خلافاً وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حلف عند منبري هذا يمين إن وجبت له النار»[٢]. وروى جابر رضي الله عنه يتبوأ مقعده من النار فخص[٣] منبر لنفسه، وأما التغليظ بالزمان فهو أن يحلف بعد العصر، قال الله تعالى: ﴿تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦]. وقيل في التفسير: أراد بالصلاة هاهنا صلاة العصر.

وروي أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف يمين على مال مسلم فأقطعه، ورجل حلف على يمين بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطي وهو كاذب، ورجل منع فضل ماء. فإن الله تعالى يقول: «اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمله»[٤]. قال القفال: ويؤكد يوم الجمعة إن لم يكن في تأخيره إلى يوم الجمعة ضرر فيحلف بعد صلاة العصر من يوم الجمعة لأن أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ [١٩٥/أ] أنه قال: «إن في الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مسلم يصلي فيسأل الله شيئاً إلا

---

(١) أخرجه البخاري (١١٩٦)، ومسلم (١٣٩١).

(٢) أخرجه أحمد (٥١٨/٢)، وابن ماجه (٢٣٢٦)، والحاكم (٢٩٧/٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٤٦)، والنسائي (٦٠١٨)، وابن ماجه (٢٣٢٥)، وابن حبان (٤٣٥٣).

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٧٢)، ومسلم (١٠٧/١٧٢).

أعطاه»[١]، فقال كعب الأحبار: إنها الساعة بعد العصر فقال أبو هريرة: كيف تكون بعد العصر وقد قال: «لا يوافقها عبد مسلم يصلي»، ونهى النبي ﷺ عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس فقال كعب: أليس قال النبي ﷺ: «إن العبد في الصلاة ما انتظر الصلاة»[٢].

وأما التغليظ بالجمع أن يجمع لها طائفة من الرجال العدول أقلهم أربعة ليثبت بشهادتهم وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، فلما كان الحد يستحب أن يكون بحضرة طائفة تستحب أن تكون بحضرتهم. وقيل في التفسير: أراد بالطائفة هاهنا أربعة، ولأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد الساعدي رضي الله عنهم حضروا اللعان عند رسول الله ﷺ علي حداثة منهم والصبيان لا يحضرون المجالس إلا تابعين للرجال فدل أنه حضر جماعة من الرجال وتبعهم الصبيان ولأن اللعان مبني على التغليظ المردع والزجر وفعله عند الجمع أبلغ في الردع، وأما التخصص بالأربعة فلأن شهود الزنا أربعة فلذلك هذا يخص بالأربعة.

فإذا تقرر هذا فلا يختلف المذهب أن التغليظ في اللفظ بالتكرار واجب هاهنا على ما ورد في سائر الدعاوى توكيد الإيمان باللفظ فيؤمر أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ونحو ذلك وهو إذا كانت الدعوى في غير المال أو في المال الذي بلغ نصاباً ولا يكون هذا واجباً قولاً واحداً، وأما التغليظ بالزمان والجمع لا يجب قولاً واحداً بل يستحب ذلك، وأما التغليظ بالمكان فيه قولان؛ أحدهما: أنه مستحب كالزمان والجمع [١٩٥/ب] والثاني: أنه واجب حتى لو أخل به يعاد اللعان لأن النبي ﷺ غلظ بالمكان وعدد الإيمان فكما وجب أحدهما كذلك الآخر، وقال أبو حنيفة: لا يغلظ بالمكان والزمان والجمع وهذا غلط؛ لما ذكرنا. وقال القفال في التغليظ بالزمان: هل يجب أم لا؟ قولان أيضاً وهذا غير مشهور، وقيل في التغليظ بالجمع: بل يجب قولان أيضاً وليس بشيء وعلى ما ذكرنا لو امتنع الرجل أو المرأة من اللعان في الموضع المغلظ هل يجعل ناكلًا؟ قولان بناء على القولين في الوجوب.

مسألة: قال[٣]: «ويبدأُ الإمام فيقيمُ الرجلُ قائماً والمرأةُ جالسةً».

الفصل

السنة أن يتلاعنا قائماً وهو نوع تغليظ فيقوم الرجل والمرأة جالسة فتلاعن، وإن لاعن قاعداً مع القدرة أساء ويجزيه، فإذا فرغ الرجل وأرادت المرأة اللعان قامت والتعنت والرجل جالس هكذا روي في قصة هلال وهذا لأن القصد به الردع والزجر، رجاله القيام أبلغ من الردع والزجر ولأنه عند القيام إلي سماع الناس أقرب فكان أولى.

(١) أخرجه البخاري (٩٣٥)، ومسلم (٨٥٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٠٤٦)، والترمذي (٤٩١)، والنسائي (١٤٣٠)، وابن ماجه (١١٣٧).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

واعلم أنه يشترط فيه الترتيب فيلاعن الرجل أولاً ثم تلاعن المرأة فإن لاعنت قبل لعانه لم يعتد به وتؤمر أن تلاعن بعده، قال الشافعي[١]: فإن حكم الحاكم بصحة لعانها قبل لعانه نقضت حكمه وهذا لأن الله تعالى بدأ بالرجل في اللعان.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن بدأت باللعان جاز ويعتد به وهذا غلط؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨]، فجعل لعانها إدراء العذاب عنها. وقبل لعانه لم يجب عليها شيء بالإجماع ولأن اللعان يمين أو شهادة ولا يجوز تقديم واحد منهما علي وقته. واختلف أصحابنا فيما ذكر الشافعي نقضت حكمه أنه لأي سبب [١٩٦/أ] ينقض، فقال بعضهم: ينقص لمخالفة النص، وقال أبو حامد: لمخالفة قياس لا تحتمل غيره وهو ما ذكرنا.

واختلف من قال: بالنص على وجهين؛ أحدهما: نص التنزيل الذي ذكرنا من التعليل في درء العذاب عنها بعد وجوبه عليها. والثاني: نص السنة في قوله ﷺ: حين ابتدأ في السعي بالصفا ثم بالمروة: «ابداؤوا بما بدأ الله به»[٢]. وقال القفال: ومن جمله التأكيد في اللعان أن يأمر رجلاً ليضع يده علي فم الزوج إذا أراد أن يذكر كلمة اللعنة، ويأمر امرأة أن تضع يدها على فم الزوجة إذا أرادت أن تذكر كلمة الغضب ويقول لكل واحد منهما: إنها موجبة أي تجب عليك اللعنة إن كنت كاذباً ويجب عليك الغضب إن كنت كاذبة، وقد روي أنه ﷺ أمر بذلك في امرأة العجلاني فتعتعت وقالت شيئاً فسمعه من قرب منها فحكي أنها قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم ثم مضت على يمينها، قال القفال: وفي هذا دليل على أنها تحد إذا امتنعت لأنه لا فضيحة في أن تحبس لتلاعن ويستحب أن يعظهما في ابتداء الأمر إذا حضر لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ذكرهما وقال: «إن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا» فقال هلال: والله لقد صدقت عليها وقالت: كذب ثم تلاعنا.

مسألة: قال[٣]: «إلا أنْ تكونَ حائضاً فعلىٰ بابِ المسجدِ».

قد بينا أنه يغلظ اللعان بالمكان فإن كانت طاهراً ودخلت المسجد ولاعنت معه، وإن كانت حائضاً لاعن الزوج في المسجد فإذا فرغ منه لاعنت المرأة على باب المسجد لأن ذلك اللعان أشرف من الحوانيت والمنازل ويحضر لعانها على باب المسجد الحاكم أو خليفته مع الجماعة أقلهم أربعة على ما ذكرنا وهذا لأنه لا يجوز [١٩٦/ب] للحائض دخول المسجد والمكث فيه لا بقدر الخصومة ولا غيرها.

مسألة: قال[٤]: «أو كانت مشركة التعنت في الكنيسة وحيث تعظم».

---

(١) انظر الأم (٥٤/٢٧٦).

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٠٥)، والترمذي (٨٦٢)، والنسائي (٢٩٦١)، وابن ماجه (٣٠٧٤)، وأحمد (٣/ ٣٩٤)، والدارقطني (٢/ ٢٥٤).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

(٤) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

إذا كان الزوجان مشركين يلاعنان في الموضع الذي يعظمانه، فإن كانا يهوديين ففي الكنيسة، وإن كانا نصرانيين ففي البيعة، وإن كانا مجوسين ففي بيت النار وهذا لأنهم يعظمون هذه المواضع وليس فيها معصية فخلا الإمام أن يحلفهم فيها لينزجروا عن الكذب ولا نقول لهذه المواضع حرمة والمعنى في التغليظ بها ما ذكرنا ويخالف اليمين بالوثن والصم لأن ذلك معصية فلا يجوز التحليف به، وإن كانوا يعظمونه، فإن قيل: إذا حضر الحاكم معهما في هذه المواضع فقد شاركهما في المعصية بتعظيم هذه المواضع قيل: دخولها لا يكون معصية، وإنما المعصية في تعظيمها والحاكم لا يعظمها، وقال القفال: لا يؤكد يمين المجوسي ببيت النار لأنه لم يكن لها حرمة قبل الفسخ وإن كان الزوج مسلماً والمرأة مشركة، فإن الرجل يلاعن في المسجد وتلاعن المرأة في البيعة والكنيسة.

مسألة: قال[1]: «وإنْ شَاءتْ المُشَركةُ أن تَحْضُرُهُ فِي المساجدِ كلهَا حضرتهُ إلَّا أنهَا لا تدخلُ المسجدَ الحرامَ».

قال أبو حامد: أراد الشافعي في الذمية تحت المسلم طلبت أن تلاعن زوجها في المسجد يجوز ذلك في جميع المساجد إلا المسجد الحرام وإنما كان لها ذلك إذا رضي الزوج به فإن لاعن الزوج في المسجد وطلبت أن تلاعن هي في الموضع الذي تعظمه كان عليها ذلك، وقال بعض أصحابنا: صورة المسألة في كافرين فأرادت المرأة أن تلاعنه في المسجد كان لها ذلك لأن التغليظ [١٩٧/أ] عليه بالمكان الذي يعظمه حق لها، فإذا رضيت إسقاطه كان لها ولا بد هاهنا من رضاه في لعانها في المسجد وهذا أقرب إلى المظاهر كلامه قال المزني: إذا جعل للشركة أن يحضره في المسجد وعسى بها مع شركها أن تكون حائضاً كانت المسلمة بذلك أولى وهذا مذهبه أن الحائض لا تمنع من المسجد كالمشركة والجواب، قال بعض أصحابنا: أن عرفنا حيضها وحياتها هل يجوز لها حضور المسجد؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوز. والثاني: يجوز لها ذلك. وهذا لا يصح لأن النص للشافعي فرق بينهما والمعنى ما ذكرنا في كتاب الصلاة أن المشركة لم تعتقد تعظيم المساجد حتى نطالبها بقضية الاعتقاد بخلاف المسألة فحيل بينها وبين المسجد ما دامت حائضاً.

مسألة: قال[2]: «وإن كانَا مشركينِ لا دينَ لهمَا تحاكمَا إلينَا لاعنَ بينهمَا في مجلسِ الحكمِ».

إذا لم يكن لها دين من الزنادقه والدهر به وعبدة الأوثان وكانا عندنا بموادعة هدنة لاعن بينهما في مجلس الحكم لأنهما لا يعتقدان تعظيم البقاع الشريفة، فإن قيل: كما لا يعتقدان تعظيم المكان المخصوص لا يعتقدان صانعاً وربما يقولان بقدم الدهر فأي فائدة في يمينهما وكيف يتصور لعانهما ولا يمين لهما، قلنا: إنما يتصور ذلك لأنه ما

(١) انظر الأم (٤/١٥١).

(٢) انظر الأم (٤/١٥١).

من مشرك وإن خلا في شركه إلا وهو عند رجوعه إلى نفسه يعترف بخالق خلقه وإن كان معانداً بلسانه. قال الله تعالى: في قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام حيث كسر الأصنام ﴿فَرَجَعُوٓاْ إِلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ فَقَالُوٓاْ إِنَّكُمْ أَنتُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٦٤﴾ ثُمَّ نُكِسُواْ عَلَىٰ رُءُوسِهِمْ لَقَدْ عَلِمْتَ مَا هَٰٓؤُلَآءِ يَنطِقُونَ﴾ [الأنبياء: ٦٤ ـ ٦٥]. وقال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧] [١٩٧/أ] في آيات كثيرة، وأيضاً نأمرهم بذلك، وإن لم يعتقد تعظيمه لما يتعلق به من الأحكام في شريعتنا مثل نفي النسب والفرقة والحد وترجو أن تلحقهما سوء الكذب في اليمين الكاذبة. قال ﷺ: اليمين الغموس تدع الديار من أهلها بلاقع[(١)]، واللعن إلى مثلها أقرب منه إلى المسلم الكاذب. وصورة يمينه في سائر الدعاوى أن يقول: بالله الذي خلقني ورزقني ذكره أبو حامد وهو حسن، وقول اليهودي: في لعانه أشهد بالله الذي أنزل التوراة على موسى. ويقول النصراني: اشهد بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى. وفي غير اللعان من الأيمان يقولان مثله.

باب سنة اللعان ونفي الولد

مسألة: قال[(٢)]: «أخبرنَا مالكٌ عَن نافعٍ عن ابن عمر أنَ رجلاً لاعَنْ مِنْ امرأتهِ فِي زمنِ النبيَ ﷺ وانتفىٰ مِنْ ولدهَا ففرقَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بينهمَا وألحقَ الولدَ بالمرأةِ، قالَ سهلٌ بن سعد وابن شهابٍ: فكانتْ سنةَ المتلاعنينِ».

قال أصحابنا: يتعلق باللعان خمسة أحكام: درء الحد، ونفي الولد، والفرقة، والتحريم المؤيد، ووجوب الحد عليها. وكل ذلك يثبت بمجرد لعانه ولا يفتقر فيها إلي لعانه ولا إلى حكم الحاكم، فإن حكم به الحاكم كان تنفيذاً منه لا إيقاعاً للفرقة، وأما لعان المرأة لا يؤثر إلا في اسقاط الحد عن نفسها فقط، وحكي عن عثمان البتي أنه قال: لا يتعلق باللعان الفرقة أصلاً، وروي عنه أنه يؤمر بالطلاق بعد اللعان، واحتج بأن العجلاني طلق امرأته بعد اللعان فأنفذ رسول الله ﷺ طلاقه وهذا غلط؛ لقوله ﷺ [١٩٨/أ] «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[(٣)] وأما ما ذكره لا يصح لأنه لما طلق قال له: «لا سبيل لك عليها» أي بما سبق من اللعان. وقال أبو حنيفة: تتعلق الفرقة ونفي الولد بلعانهما وحكم الحاكم وهو رواية عن أحمد، وعند أبي حنيفة أحكام اللعان إثبات نفي النسب وزوال الفراش والحد لا يجب حتى يسقط به، والتحريم على التأبيد لا يثبت أيضاً حتى لو أكذب نفسه وحد تحل له بعقد جديد وعند أبي حنيفة قبل حكم الحاكم الزوجية قائمة بينهما حتى لو طلقها نفذ طلاقه ولكن لا يجوز للحاكم أن يقرهما عليه بل يلزمه أن يفرق بينهما، وقال ربيعة ومالك، وداود، وزفر: تتعلق الفرقة بلعانها معاً ولا يحتاج إلا حكم الحاكم وهو الرواية الثانية عن أحمد، واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ قال: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً بشرط لعانهما، واحتج أبو حنيفة بما روي

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٨٧١). (٢) انظر الأم (١٥١/٤).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٧٦/٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٤، ١٥٣٥٧).

أن النبي فرق بين المتلاعنين، فأضاف التفريق إليه وهذا غلط؛ لأن قوله: يمنع الزوجين من البقاء على النكاح فالفرقة به لا تفتقر إلى حكم الحاكم كالطلاق. وأما الخبر الذي ذكره مالك يقول به: وليس فيه دليل على أنهما يجتمعان قبل لعانهما، وأما الخبر الذي ذكره أبو حنيفة قلنا: لفظ التفريق يستعمل لإيقاع الفرقة ويستعمل لإظهار الفرقة والمراد هاهنا الإظهار لا الإيقاع أي بين رسول الله ﷺ للمتلاعنين مفترقان بدليل أنه روي والحق الولد بالأم[1] والمعلوم أن الولد يلحق بالأم من غير حاجة إلى حكم الحاكم في الإلحاق ومعناه إظهار ذلك الحكم. وفسر الشافعي هذا اللفظ فقال: معنى قولهما: [١٩٨/ب] أي قول سهل وابن شهاب: كانت تلك سنة المتلاعنين فرقة بلا طلاق الزوج وتفريق النبي ﷺ غير فرقة الزوج إنما هو تفريق حكم.

ثم اعلم أن الفرقة الواقعة به فسخ كالفسخ بالرضاع وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: هي طلقة ثانية وهذا غلط؛ لأنها فرقة لا ترتفع بعقد النكاح بحال فكانت فسخاً كفرقة الرضاع، وحكي عن الأصم أنه قال: لا ينتفي النسب باللعان وهذا خطأ فاحش لما روينا من الأخبار، ثم اعلم أن الشافعي استغل بعد هذا بتأويل ثلاثة أحاديث؛ أحدها أنه قال: وإذا قال رسول الله ﷺ: يعلم أن أحدكما كاذب فهل ونكما تائب؟ فحكم على الصادق والكاذب حكماً واحداً وأخرجهما من الحد وقصد بهذا أنه ﷺ لم يستعمل غلبة الظن وقضى على الصادق والكاذب قضاء واحداً وأخرجهما من الحد بلعانهما فدل على أنه لا يجوز للحاكم الأخذ بباطن المكذب وعليه إجراء الحكم بظاهره وأن تيقن أن أحد الخصمين كاذب في خصومته لا محالة، وهذا لأنه لما لم يتيقن الصادق من الكاذب استوى حكمهما كما لو صلى باجتهاده أربع صلوات إلى أربع جهات بالاجتهاد لا يلزمه إعادة واحدة منهما، لأنه لم يتعين الخطأ في واحدة منها.

والثاني: أن النبي ﷺ قال: فإن جاءت به أديعج فلا أراه إلا قد صدق عليها فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي ﷺ: إن أمره أن يبين لولا ما حكم الله وأخبر أنه لم يستعمل دلالة صدقه عليها، وحكم بالظاهر بنيه وبينها فمن بعده من الولاة أولى بأن لا يستعمل دلالة في مثل هذا المعنى، ولا يقضي إلا بالظاهر أبداً لأنه ﷺ يعلم ما لا يعلم غيره، [١٩٩/أ] وقصد بهذا أنه وجد امارة دالة على كذبها ولم يعمل عليها، وأخبر أن الله تعالى أمر بإجراء الحكم فيها بظاهر الأيمان، وإن كان كذبهما بينا بالدلالة وقيل: قصد رسول الله ﷺ بذكر صفة الولد لزيادة الردع والزجر حتى تنزجر عن مثل صنيعها. وقيل: قصد به الرد على مالك فإنه يستعمل في بعض المسائل دلالة الصدق على غير ما ورد به الشرع، فقد قال في الخلوة: إذا طالت أو قصرت يختلف الحكم، فإن كانت الخلوة في داره فالقول قولها في وجود الإصابة طالت أو قصرت، وإن كانت الخلوة في دارها فالقول قوله في عدم الإصابة إذا قصرت المدة، والثالث:

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٢).

أنه قال: لما نزلت آية الملاعنة قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة دخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء»[١]، وقد ذكرنا هذا الخبر، قيل: «وروي أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم تأكل حرامهم، وينظر إلى عوراتهم فليست من الله في شيء»، وأراد بالحراب المواريث والنفقات، وروي في خبر المعراج أن النبي ﷺ قال: «رأيت نسوة معلقات بثديهن يعذبن، فسألت جبريل عليه الصلاة والسلام عنهن فقال: هنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن من ليس منهم»، ثم قال ﷺ: «اشتد غضب الله على امرأة ألحقت بقوم من ليس منهم تنظر إلى عوراتهم، وتأكل حرامهم»[٢]. وأما قوله في الخبر: وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه، لأن الرقة والرحمة عند النظر أكثر ما وعد للرجل والمرأة على حسب دينهما؛ والله أعلم [١٩٩/ب].

باب كيف اللعان

مسألة: قال[٣]: «ولما حكىٰ سهلٌ شهودُ المتلاعنينِ مع حداثتهِ، وحكاهُ ابنُ عمرَ استدللنا علىٰ أَنْ اللعانَ لا يكونُ إلا بمحضر. من طائفةِ مِنْ المؤمنينِ».

الفصل

قصد الشافعي بهذا أنه يغلظ اللعان بجمع الناس، وقد ذكرنا ذلك، واحتج الشافعي رحمة الله عليه بأن ابن عمر وسهلاً رضي الله عنهما رويا خبر اللعان مع حداثة بينهما ولا يحضران في أمر يريد رسول الله ﷺ ولا يحضره الصغار إلا وقد حضره الكبار وقد بينا هذا. وهذا دليل على أن الصغار المميزين إذا حضروا مثل هذا المحضر لم يمنعوا لأن رسول الله ﷺ لم يمنعهما، والفائدة في حضورهم تعلمهم وتبليغهم، فإن كانت المرأة مخدرة لا تبرز في حوائجها بعث الحاكم مع خليفته إلى منزلها أربعة عدول لتلاعن بحضرتهم فإن لم يفعل، وبعث خليفته وحده جاز لما ذكرنا أن الجمع لا يجب، وأما حد السرقة قال صاحب الإفصاح: يحتمل فيه وجهين: أحدهما أنه يستحب في إقامته إحضار طائفة أيضاً للزجر والردع.

والثاني: لا يستحب لأن القطع يظهر فلا يحتاج إلى حضور طائفة للعلم به بخلاف اللعان وإقامة الحد فإنهما لا يظهران، فندب إلى حضور الطائفة فيهما.

ثم قال الشافعي: «وفي حكاية من حكى اللعان عن رسول الله ﷺ جملة بلا تفسير دليل على أن الله تعالى لما نصب اللعان حكاه في كتابه فإنما لاعن رسول الله ﷺ بين المتلاعنين بما حكاه الله تعالى في القرآن».

وأراد به أنه لما أعرض الراوي عن كيفية اللعان عرفنا أنه ﷺ [٢٠٠/أ] لاعن بينهما كما ورد به القرآن مفسراً وهو بأربع شهادات وكلمة اللعن، ولو زاد رسول الله ﷺ في

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٦٣)، والنسائي (٣٤٨١)، وابن حبان (٤٠٩٦)، والحاكم (٢/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣).

(٢) رواه البزار والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٢٥).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٥٣ ـ ١٥٤).

لفظ اللعان زيادة في القرآن لنقل ذلك وهذا كما أنه قال رسول الله للأعرابي ﷺ الذي أساء صلاته: توضأ كما أمرك الله لأن القرآن ورد بالوضوء مفسراً، وجملته أن ما ذكره الله تعالى مجملاً لا بد للرسول ﷺ من بيانه، إما بفعله أو بقوله، وما فسره الله تعالى لا يحتاج الرسول ﷺ إلى بيانه، ولا يجب على الراوي نقله مفسراً أيضاً. واللعان من هذه الجملة.

فإن قيل: أليس ابن عباس وسهل رضي الله عنهما؛ بيَّنا كيفية اللعان فكيف ذكر الشافعي هذا؟ قيل: إنما قال الشافعي ذلك من رواية ابن عمر رضي الله عنه وحده، فإن قيل: قال الشافعي: يشهدها طائفة من المؤمنين أقلهم أربعة لأنه لا يجوز في شهادة الزنا أقل منهم أي: أقل من أربعة، وألا تنقص الطائفة عن أربعة لأجل أنه لا تقبل في شهادة الزنا أقل من أربعة، ولعل الزنا يثبت بالإقرار مرة كما يثبت بالشهادة قلنا: الوجه فيه أنه لما كان الزنا لا يثبت إلا بأربعة، وقد أمر الله تعالى طائفة بالحضور فالأولى لحضور هذا المحضر من يشهد على ذلك الزاني بالزنا لعلهم شهدوا..... فإذا شاهدوا فيه أليم العقاب رجعوا عن كذبهم فلا يكمل العذاب إذا رجعوا، ويقام عليهم حد القذف إذا كان المقذوف محصناً فهاهنا كان أقل الشهود أولى من غيره بالحضور، وأقل عددهم أربعة جعلنا أقل الطائفة أربعة؛ ثم قسم فيه منزلة الإقرار على منزلة الشهادة فيما ذكرنا من الحد [٢٠٠/ب].

مسألة: قال(١): «واللعانُ أن يقولُ: الإمامُ للزوجِ: قلْ: أشهدُ باللهِ إني لمنْ الصادقينَ فيمَا رميتُ بهِ زوجتي فلانَةَ بنتُ فلانِ منْ الزنَا».

الفصل

اللعان أن يقول الإمام للزوج: قل أشهد بالله إني من الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان، ولو ابتدأ لعانه قبل تلقين الإمام لا تحتسب له ولا يحتاج إلى ذكر السبب إن لم يكن ولد ينفيه وينبغي أن يكون بعد حضور الزوجين وكل واحد منهما؛ بحيث يسمع كلام صاحبه، والأولى أن يراه مع سماع كلامه لتقع الإشارة إليه، وإن لم ير أحدهما ولا يسمع كلامه ينبغي أن يجمع أربعة من الشهود من روايتهما، وسماع كلامهما، فإن تباعا وتلاعنا يجوز لأن لعان كل واحد منهما بعد موت صاحبه يجوز، والموت قاطع للاجتماع ولكن إن بعد كل واحد منهما عن صاحبه بغير عذر يكره، وإن كان بعذر بأن تكون حائضاً فتقف عند أقرب إلى الغير لا يكره ثم إن كانت المرأة غائبة عن المجلس لا بد أن يرفعها في النسب حتى لا تشاركها امرأة أخرى فيه، وإن كانت حاضرة فهل تكفي الإشارة إلى عينها؟ وجهان؛ أحدهما: لا يكفي لأن اللعان أمر بني على المبالغة والتأكيد وأكد بالجمع بين الإشارة وذكر النسب، ولأنه يجوز أن يحضر

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٤).

معها من يجوز أن تنصرف الإشارة إليه فيلزم التحقيق بذكر النسب مع الإشارة، وهذا ظاهر ما نص هاهنا. والثاني: يجوز الاقتصار على الإشارة مع ذكر الزوجية فيقول: إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا وهو اختيار ابن سريج لأن الإشارة تغني عن ذكر نسبها كما في الشهادات وسائر الأحكام، وقيل: فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: يحتاج إلى أربعة أشياء؛ [٢٠١/أ] الإشارة وذكر الزوجية واسمها والنسب وهو اختيار القاضي أبي حامد وهذا بيان الوجه الأول الذي ذكرنا، والثاني يكفي شيئان: الإشارة مع ذكر الزوجية وهو الوجه الثاني الذي قاله ان سريج، والثالث يحتاج إلى الاسم أيضاً ولا يلزم ذكر النسب.

وإن كان هناك نسب ولد يريد نفيه يقول في كل مرة: وإن هذا الولد ولد زنا ليس مني، ولو اقتصر وقال: إن هذا الولد من زناً ولم يقل: وليس مني؛ هل يكفي بالانتفاء؟ قال القاضي أبو حامد: يكفي في الانتفاء لأن ولد الزنا لا يلحق به، وكان قوله: ليس مني تأكيداً، وقال أبو حامد: لا ينتفي حتى يقول ما هو مني لأنه قد يعتقد أنه من زنا ويكون منه بأن تكون قد زنت قبل تزويجه بها وجاءت بولد لستة أشهر من وقت عقده فيكون لاحقاً به، وربما يعتقد أن الوطء في النكاح بغير ولي زنا كما قال الصيرفي من أصحابنا: ويكون الولد من ثم إذا أتى ذلك أربع مرات وعظه الإمام أو الحاكم وقال له: اتقِ الله فإني أخاف إن لم تكن صدقت أن تبؤ لعنة الله؛ فإن رآه يريد أن يمضي أمر من يضع يده على فيه على ما تقدم بيانه فإن أبى تركه وقال: قل وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميت به فلانة من الزنا على ما بيناه، فإذا أتى به تم اللعان من جهته؛ ثم يأمر المرأة بالقيام وأن تقول: أشهد بالله أن زوجي فلان ابن فلان هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، فإن كان غائباً وقعت في نسبه حتى يتميز، وإن كان حاضراً فعلى وجهين كما ذكرنا في المرأة؛ ولا يحتاج في لعانها إلى ذكر الولد لأنه لا مدخل لها في إثبات النسب وإنما تلاعن لدرء الحد عن نفسها. وكذا ذكر أصحابنا بالعراق، وقال القفال فيه وجه آخر؛ أنها تذكر الولد فتقول: [٢٠١/ب] وهذا الولد ولده ليستوي اللعانان في المقابلة ويكرر ذكر أربع مرات ثم يعظهما الإمام ويذكرها ويقول لها: احذري أن تبوئي بغضب الله إن لم تكوني صادقة في إيمانك، فإن رآها تمضي أمر امرأة أن تضع يدها على فيها، فإن رآها تمضي قال لها: قول: وعلي غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، فإذا قالت ذلك فقد فرغت ودرأت الحد عن نفسها. ولو تلاعنا ولم تنفِ الولد، فإن أحب أن تنفيه استأنف لعاناً خاصاً لنفي الولد ولا تلاعن بعد الزوجة نص عليه الشافعي هاهنا، وقال في موضع من «الأم» تعيد الزوجة لعانها بعد لعانه وليس هذا على الوجوب على الاختيار حتى لا ينفرد الزوج بلعانٍ لا تساويه الزوجة.

فرع

لا يتعرض لهما بعد التلاعن وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يعزران بعد التلاعن،

لتحقق الكذب واجتماعهما عليه وهذا غلط لأن الكذب لم يتصف في واحد منهما كما لو تحالف المتبايعان لا يعزر واحد.

فرع آخر

ألفاظ اللعان ثابتة بالكتاب نصاً والعظة ووضع اليد على الفم ثابت بالسنة المروية عن رسول الله ﷺ، فلو أتت المرأة بدل الغضب بلفظ اللعنة ولم يعتد به، ولو أتى الرجل بدل اللعن بلفظ الغضب فيه وجهان **أحدهما**: لا يعتد به لأنه عدل عن المنصوص عليه فأشبه إبدال الغضب باللعن، **والثاني**: يعتد به لأن الغضب يتضمن معنى اللعن ويزيد عليه فإن اللعن هو الطرد والإبعاد وكل مغضوب عليه مطرود.

فرع آخر

لو جاء بكلمة اللعن قبل الخامسة أو جاء بكلمة الغضب قبل الخامسة بل يعتد بها وجهان: **أحدهما**: يعتد بها لأن القصد التغليظ والتأكيد فلا فرق [٢٠٢/أ] بين أن تكون أولاً أو آخراً، **والثاني**: لا يعتد بها وهو الصحيح لأنه خلاف النص ولأن كلمة اللعن والغضب إن كان من الكاذبين فيما يشهد، وينبغي أن يتأخر عن كلمة الشهادة وهذا اختيار القفال.

فرع آخر

لو أتى بأكثر ألفاظ اللعان لا تتعلق بها الأحكام وينبغي أن يستوفي جميع الألفاظ بالتمام، وإن حكم الحاكم في الأكثر بالكفاية لا يجوز وينقض حكمه، وقال أبو حنيفة: إذا أتى كل واحد منهما بثلاث ألفاظ من الخمسة لا يجوز للحاكم أن يحكم بالفرقة، فإن حكم كان مخطئاً، ونفذ حكمه وهذا غلط لأن الله تعالى ذكر الألفاظ الخمسة، والرسول ﷺ لاعن بين الزوجين ولم ينقص عن الخمسة، ولأنه لو جاز الاقتصار على بعض الكلمات في اللعان وقد جعله الله تعالى بدلاً عن الشهود لجاز أن يقتصر في الزنا على ثلاثة من الشهود وأجمعنا على خلافه، وإذا قذف زوجته برجل سماه بعينه وأراد اللعان يحتاج إلى أن يذكر المرمي في لعانه كل مرة فيقول: إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، ثم إذا سماه في لعانه هكذا سقط عنه حدها وحده جميعاً كما لو أقام البينة على زناها به. وقال أو حنيفة: لا يذكر في لعانه ويلزمه الحد للأجنبي المرمي به ولا يسقط لعانه حال، وبه قال مالك وهذا غلط لأن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن السحماء اليهودي ولم يعذره له، ولأن اللعان بينه في أحد طرفي القذف فكان بينه في الطرف الآخر كالبينة.

فإن قيل: لو سقط حد المري به بلعانه لوجب الحد لعانه أيضاً كما قلت: يجب الحد عليها بلعانه قبل اللعان إنما يوجب حداً يمكن إسقاطه بمثله، والمرأة لا تقدر على اللعان فجاز أن يجب الحد عليها بلعانه [٢٠٢/ب] والمرمي به لا يقدر على إسقاطه باللعان فلا يجب الحد عليه باللعان ولم يذكره في لعانه عنها، روى المزني عن

الشافعي أنه يحد للمرمي به إلا أن يعيد اللعان ويذكره فيه كما لو لم يذكر الولد في اللعان وأراد نفيه يحتاج إلى إعادة اللعان وهذا أصح لأنه وجب له الحد بالقذف فلا يسقط إذا لم يذكره في اللعان كالزوجة وقال في «الإملاء» و«أحكام القرآن»: يسقط حده لأن ما كان تصديقاً فيها كان تصديقاً فيه، لأنه وطيء واحد وبه قال أحمد ولأن اللعان يثبت في حقه تعاً لسقوط حدها باللعان.

فإذا قلنا: الأول وأعاد اللعان بذكر المرمي؛ لا تحتاج المرأة إلى أن يعيد لعانها لأنه لا يتعلق درء الحد عنه بلعانها، وإنما يتعلق بلعانه وحده، وإن كان المرمى به اثنان أو أكثر فهل يجب حد واحد أو لكل واحد منهم حد؟ مبني عليى القولين في الواحد إذا قذف جماعة، فإن قلنا: يحد لهم حداً واحداً فهاهنا أولى، وإن قلنا يحد لكل واحد منهم حداً كاملاً فهاهنا وجهان: إحديهما بحيث لكل واحد منهم حد أيضاً، والثاني: يحد حداً واحداً لأنه ضرورة إلى ذكرهم، ولأن حقهم يسقط بحد واحد، فلذلك يسقط حد واحد، وقال أبو إسحاق: يكفي هاهنا حد واحد، ولا ينبني على قذف الجماعة للعلة التي ذكرناها. وإن لم يلاعن أصلاً لها وللمرمى به الحد وهل يكفي حد واحد؟ فيه طريقان؛ أحدهما فيه قولان كما لو قذف رجلين بكلمة واحدة والثاني يكفيه حد واحد هاهنا، والفرق هناك بزنانين ولعانين رجلين وهاهنا القذف بزنا واحد وفعل واحد فيكفي حد واحد، فإذا قلنا: لا يكفيه حد واحد هل يجوز له أن يحد للمرمي؟ به وجهان؛ أحدهما: يجوز لأنه [٢٠٣/أ] قذف كان اللعان فيه مجوزاً في حق كل واحد منهما، والثاني: لا يجوز لأنه تابع لحد الزوجة في اللعان فلم يجز أن يفرد باللعان.

فرع آخر

لو طلبت المرأة حدها عند امتناعه من اللعان فحد ثم حضر المرمى به، فإن قلنا: الواجب حد واحد لا يجب له شيء، وإن قلنا: يجب حدان فقد استوفت المرأة حدها، وبقي حد المرمى به، فإما أن يلتغى في حده أو يحد له، وإن عفت هي عن حقها يصح عفوها، وسقط حدها وبقي حده، فإما أن يلتعن لإسقاطه أو يحد له، وإن اعترفت بالزنا فقد سقط عنه حدها وعليه حده ويلزمها حد الزنا باعترافها وحد القذف أيضاً للمرمي به، وإن أقام الزوج البينة بما ذكر لا شك أنهما يحدان.

مسألة: قال[1]: «وإنْ كانَ معهَا ولدٌ فنفاهُ أو بهَا حملٌ فانتفىٰ منهُ قالَ: معَ كلِّ شهادةٍ اشهدُ باللهِ إني لمنْ الصادقينَ فيما رميتهَا بهِ منُ الزنَا وإنَّ هذَا الولدَ لولدُ زنَا ما هو منيَ وإنْ كانَ حملاً قالَ: وإنْ هذَا الحملَ إنْ كانَ بهَا لحملٌ مِنْ زنَا مَا هوْ منيَ».

إذا أراد نفي الولد أو الحمل باللعان لا بد من أن يذكره في لعانه على ما ذكرنا مع كل شهادة بالله ومع كلمة اللعنة. فإن قيل: لم قال الشافعي، يقول: وإن هذا الحمل

(١) انظر الأم (١٥٦/٤).

وإن كان بها حمل لحمل من زنا وهذا تعليق اللعان ولا يجوز ذلك. قيل: قوله إن كان بها حمل ليس في بعض نسخ المزني وإنما فيه وإن هذا الحمل لحمل من زنا أو يقول: إن صح هذا النقل فمثل هذا التعليق لا يضر اليمين شيئاً لأن الحمل لا يعلم قطعاً ويقيناً وإن قطع وجزم لعانه رجع قطعه وإطلاقه الى مثل هذا التعليق وإن لم يصرح به وفي الحقيقة هو تحقيق للأمر لا تعليق.

ثم قال[1]: «فإن أخطأ الإمام [٢٠٣/ب] فلم يدر نفى الولد أو الحمل في اللعان قال االزوج: إذا أردت نفيه أعدت اللعان».

وقد ذكرنا هذا فيما سبق ويكفي في اللعان المعاد أن يقول في كلمة: إني لمن الصادقين في أن هذا الولد من زنا وليس مني ولا تعيد المرأة اللعان.

مسألة: قال[2]: «ولو قذفَها برجلٍ فلمْ يلتعنْ بقذفهِ فإذَا أرادَ الرجلُ حدهُ أعادَ عليهِ اللعانُ وإلَّا حدَّ لهُ إنْ لمْ يلتعنْ».

وقال في كتاب «الطلاق من أحكام القرآن»، وفي «الإملاء» على مسائل مالك ولما حكم الله على الزوج به في المرأة بالقذف ولم يستثن أن يسمي من يرميها به أو لم يسمه ورمى العجلاني امرأته بابن عمه أو ابن عمها شريك ابن السحماء، وذكر للنبي ﷺ أنه رآه عليها، وقال: في الطلاق من أحكام القرآن فالتعن ولم يحضر رسول الله ﷺ المرمي بالمرأة فاستدللنا على أن الزوج إذا التعن لم يكن على الزوج الذي رماه بامرأته حد».

قال الإمام الجويني: وهذه الرواية هي المسموعة ومعناها معنى الرواية الأولى، يقال: قفا فلان فلاناً وأقفاه إذا ابتعد بريبة يتحسسها عليه وقد ذكرنا أنه يعتبر ذكر المرمي به في لعانه إذا أراد إسقاط حده، وإن لم يذكر فيه قولان منصوصان على ما ذكر هاهنا، فإن قيل: هذا الذي ذكره في «المختصر» متناقض لأنه قال: في أحكام القرآن فالتعن ولم يحضر المرمى به ولو كان له حد لأخذه له رسول الله ﷺ ولبعث إلى المرمى به فسأله وهذا يدل على أنه لم يبعث إليه.

ثم قال[3]: «وقال في «الإملاء» وسأل رسول الله ﷺ شريكاً فأنكر فلم يحلفه ولم يجده بالتعان غيره وهذا الحالف الأول، قلنا: هذا ليس بمتناقض لأنه لم يكن ثبت [٢٠٤/أ] عنده في كتاب الطلاق من أحكام القرآن أن يسأله عن ذلك ثم ثبت عنده فرجع عنه في الإيلاء».

وأيضاً نقول: لم يسأله لما قذفه وعند اللعان لأن حقه يسقط باللعان وسأله لما ولدت امرأة العجلاني بعد ذلك ورأى في الولد شبهاً من شريك فلما أنكر لم يحلفه وقيل: لم يسأله عند القذف وسأله عند اللعان حتى أن طلب الحد ذكره الزوج في اللعان لأن الحق إذا ثبت له وهو لا يعلم فالإمام أن يسأله ويخبره بما ثبت له من الحق

---

(١) انظر الأم (٤(١٥٦).
(٢) انظر الأم (١٥٦/٤).
(٣) انظر الأم (١٥٧/٤).

ولم يسأله بعد اللعان لأن حقه سقط به فلا تتجسس بعد ذلك.

مسألة: قال[1]: «وقالَ في اللعانِ: وليسَ للإمامِ إذَا رمىٰ رجلٌ أن يبعثَ إليهِ فيسألهُ عنْ ذلكَ لأنَ اللَّهَ تعالىٰ يقول: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾. فإنْ شبَه علىٰ أحدٍ بأَنْ النبيَّ ﷺ بعثَ أنيساً إلى امرأةِ رجلٍ فقالَ: إنْ اعترفتْ فارجمها».

الفصل

مقصود الشافعي من هذا الفصل أن يبين الفرق بين حديث العسيف وبين حديث شريك بن السحماء، والموضع الذي يحتاج فيه إلى الفرق أن رسول الله ﷺ لم يبعث إلي شريك في المشهور من الرواية وبعث إلي المرأة في حديث العسيف أنيساً وقال: واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها. ووجه الفرق ما أشار إليه الشافعي وهو أن تلك المرأة صارت مقذوفة في مجلس رسول الله ﷺ به فأوجب لها حد إن لم يعترف بالزنا لأن والد العسيف قال: يا رسول الله إن ابني كان عسيفاً لهذا فزنا بامرأته فهذا قذف صريح وجب لها به حد وهي غير عالمة فكان على رسول الله ﷺ تعريفها لتطلب حدها، وإن لم يعترف الزنا لم يتمحض بعث أنيس إليها تجسساً.

فأما شريك ابن السحماء [٢٠٤/ب] لو بعث إليه رسول الله ﷺ من يستخبره أو يستحضره كان ذلك محض التجسس لأنه يسأل ليقام عليه حد الزنا إن اعترف، ولا يسأل ليقام على قاذفه حد القذف إن جحد، وكيف جحد قاذفه وقد التعن، وفي اللعان إذا سمي المرمى به يسقط حد قذفه، وإن لم يسمه يسقط أيضاً في أحد القولين وبه أجاب في «الإملاء» حيث ذكر هذا الفصل وهذا الفرق.

ثم اعلم أن بعد هذا الفرق في سواد الكتاب نوعان من الإشكال وراء الفرق أحدهما: أن الشافعي أطلق لفظه فقال: وليس للإمام إذا رمي رجل بزنا أن يبعث إليه فيسأله؛ وهذا كيف يستقيم مع روايته أن امرأة رميت بالزنا فبعث إليها. وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: إنما أراد الشافعي بهذا الإطلاق صورة مخصوصة وهي إذا رمى رجل رجلاً بامرأته وتلاعنا، أو أراد أن يلاعن؛ فليس للإمام في مثل هذا الموضع أن يبعث إلى المرمي، لأن المرمي لا يستحق حد القذف على الزوج الملاعن فالبعث إليه محض التجسس. وقد قال الله: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾. وإن كانت الصورة في غير الزوج الرامي فليبعث كما بعث رسول الله ﷺ أنيساً ولم يرد الشافعي بمطلق لفظة هذه الصورة. والإشكال الثاني: في السواد أن الشافعي قد روى هاهنا أن رسول الله ﷺ سأل شريكاً فأنكر فلم يحلفه وهذا يرفع ما ادعى الشافعي أن مقذوف الزوج الملاعن لا سأل لأنه تجسس. وإزالة هذا الإشكال بأن نقل كأن الرواية قد اختلف في حديث شريك ففي رواية لم يستحضر، وفي رواية أنه استحضر. فقصد الشافعي الكلام على

(١) انظر الأم (١٥٨/٤).

إحدى الروايتين [٢٠٥/أ] أنه لم يستحضر ولم يبعث إليه ليسأله وفصل بالمعنى بين شريك وبين المرأة في حديث العسيف، فاستقام كلامه، وقوله فأما الرواية الثانية التي رويت أن رسول الله ﷺ سأل شريكاً فأنكر لا يمكن استعمالها إلا على القول الذي يقول: يجب الحد على الملاعن إذا سمى الزاني ولم يذكره في اللعان.

ولعل العجلاني لم يذكره في اللعان فخرج من هذا الزوج إذا قذف زوجته برجل بعينه ثم لاعن ولم يسمعه في اللعان هل يبعث إليه ويستحضر؟ قولان مبنيان على أنه هل يستحق حداً على الزوج ترك ذكره في اللعان؟ وفيه قولان؛ فإذا قلنا: لا يستحق حداً لا يبعث إليه لأن البعث إليه محض التجسس. وإذا قلنا: يستحق الحد يبعث إليه لما وجب له من الحد لا للتجسس على ما ذكرنا في امرأة العسيف. وقيل: إذا تعين القاذف والمقذوف؛ لا يجوز للإمام أن يسأل المقذوف: هل زنا أم لا؟ ولكن هل يلزمه إعلام قاذفه لمطالبته بحده فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: يلزمه كما يلزمه إعلام ما ثبت عنده من أقواله وعلى هذا بعث أنيساً إلى امرأة العسيف وهو الأظهر، والثاني: ليس عليه إعلامه لأن الحدود تدرأ بالشبهات وهذا اختيار أبي حامد.

والثالث: وهو اختيار ابن سريج إذا تعدى قذف الغائب إلى قذف خصم حاضر فطالب الرجل قذف زوجته رجل سواه فلاعن بينهما لا يلزم الإمام إعلامه، وإن كان خلاف ذلك يلزم، وعلى هذا لو كان القذف من أجنبي لرجل وامرأة بزنا واحد فحضر أحدهما مطالباً بالحد لم يلزم الإمام إعلام الآخر لأن الحاضر إذا استوفى الحد فهو في حقه وحق الغائب لأن الزنا واحد وإن لم يتصل بحاضر [٢٠٥/ب] بطالب وجب على الإمام إعلامه ليستوفي حقه إن شاء. وقيل: أراد الشافعي لا يسأله ولا ينفذ أحداً إذا كان الرامي معيناً كان رجلاً قال عند الحاكم: الناس يقولون إن فلاناً زانٍ فلا ينفذ إليه أحد يخبره بذلك، وإن كان معيناً أنفذ إليه، وعلى هذا لو قال في هذه القرية أو في هذه المسكن زانٍ لا يتفحص الإمام، ولو رمي بحجر فقال: من رماني بهذا فهو زانٍ وهو لا يدري من رماه لا يكون قاذفاً، فإذا ظهر الرامي لا يبعث إليه الإمام من يخبره بهذا لأن الحد لا يجب على القاذف بهذا ولا يصح؛ لأن شريكاً كان معيناً ولم يبعث إليه رسول الله ﷺ وإنما سأل شريكاً بعد ولادة المرأة على ما ذكرنا، قال القفال: وقد قيل: إنما بعث أنيساً إلى امرأة العسيف لأن الزنا ثبت عليه بشهادة أبي الزاني، ورجل آخر على إقرارها بالزنا، فبعث إليها حتى إن رجعت عن إقرارها بالزنا فبعث إليها حتى إن رجعت عن إقرارها تركها، وإن لم ترجع حدها وهذا ضعيف.

مسألة: قال[(١)]: «وأيُّ الزوجينِ كانَ أعجمياً التعنْ بلسانِه بشهادةِ عدلينِ يعرفانِ بلسانِه».

إذا عرف الملاعنان بلسان العرب لم يجز أن يتلاعنا بغير العربية مع القدرة لأنها لغة

---

(١) انظر الأم (١٥٩/٤).

رسول الله ﷺ ولغة القرآن. والنص في اللعان ورد بذلك. وإن لم يعرفا العربية تلاعنا بلسانهما لأن اللعان يمين، واليمين العجمية تجوز. وقال بعض أصحابنا: يجوز بالعجمية مع القدرة على العربية كما قلنا في عقد النكاح وهذا أقيس. ثم إن عرف الحاكم لسانهما حكم بعلمه، وإن لم يعرف قال الشافعي: يحكم بشهادة ترجمانين عدلين ؛ واجب لو كانوا أربعة. فمن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد كما نص عليه، وإنما استحب أربعة لأن شهود [٢٠٦/أ] الزنا أربعة، ومنهم من قال فيه قولان مبنيان على الإقرار بالزنا فإن قلنا: يثبت الإقرار بعدلين يكفي في الترجمة عدلان، وإن قلنا: لا بد هناك من أربعة فلا بد من الترجمة من أربعة، والأصح ما تقدم لأن اللعان لا يتضمن إقراراً بالزنا بحال ولا يخلو إما أن يكون يميناً أو شهادة، وأيهما كان يثبت بعدلين فلا معنى للبناء على الخلاف في الإقرار بالزنا، وقال أبو حنيفة: الترجمة خبر فيقبل فيها قول الواحد العدل إذا تلاعنا بالعجمة، وهذا غلط لأنه يثبت به حد الزنا عليها فلا بد من العدد فيه.

مسألة: قال[١]: «فإنْ كانَ أخرسَ يفهمُ الإشارةَ التعنْ بالإشارةِ ثم قال: ثم تقام المرأة فتقول: أشهد بالله أن زوجي فلاناً وتشير إليه».

الفصل

وقد ذكرنا ما قيل في لعان الأخرس، والفصل الآخر عطف على أول الباب فذكر الزوج وقال: يبدأ به وساق الكلام واعترض في سياق الكلام ما ذكر من الفروع إلى نظم أوله بعطف عليه فقال: ثم تقام المرأة، ثم ذكر أنه يقفها عند الخامسة ويعظها، واحتج على ذلك بخبر ابن عباس الذي تقدم ذكره، وقال في موضع آخر: ويتلو عليها قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]، قال أصحابنا: وروي أن امرأة ادعي عليها قتل وأنكرت فكتب عمر رضي الله عنه؛ أن احبسوها بعد العصر واتلو عليها هذه الآية ففعل فاعترفت. وروي أن رجلاً ادعى على رجل حقاً عند شريك بن عبد الله القاضي فأتى بشيخ يشهد له فقال المدعى عليه لشريك: إن هذا الرجل لو سألت عنه لعدل ولا بأس بحاله ولكن الأنفة أخذته فشهد عليّ كاذباً فأقبل شريك على الشيخ فقال: أيها الشيخ [٢٠٦/ب] روي عن النبي ﷺ أنه قال: إن الطيور لتضرب أجنحتها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا يرفع قدمه حتى تجب له النار[٢] فارتعد الرجل وتغير لونه وقال: رجعت عن هذه الشهادة.

باب ما يكون بعد التعان الزوجين من الفرقة

مسألة: قال[٣]: «وإذَا أكملَ الزوجُ الشهادةَ والالتعانَ فقدْ زالَ فراشُ امرأتِهِ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٩).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٠٠).

(٣) انظر الأم (٤/ ١٦١).

الفصل

إذا أكمل الزوج اللعان تعلقت الفرقة ونفي الولد بلعانه على ما ذكرنا ولا يجتمعان أبداً سواء أكذب نفسه وحد أو لم يكذب نفسه ولا حد، وبه قال عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم، والنخعي، والحسن، وعطاء بن أبي رباح، والزهري، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو يوسف، وإسحاق، ومحمد في رواية رحمهم الله، وقال أبو حنيفة، ومحمد: إذا أكذب نفسه وحد زال تحريم العقد وحدت له بنكاح جديد، وقال سعيد بن جبير: إذا أكذب نفسه عادت زوجته كانت، وقال سعيد بن المسيب: إن كذب نفسه وهي في العدة حلت له وإلا فلا تحل له أبداً، وقال الحسن: إذا أكذب نفسه لا يعود النسب كما لا يرتفع التحريم وهذا غلط؛ لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً، وقال سهل بن سعد رضي الله عنه: مضت السنة أن يفرق بين المتلاعنين ثم لا يجتمعان أبداً[١]، وقال علي[٢] وعبد الله بن مسعود[٣] [٢٠٧/أ] رضي الله عنهما هكذا، وقال عمر رضي الله عنه: «يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً»[٤]، وروي أنه سئل ابن عمر عن المتلاعنين إذا كذب نفسها هل ينكحها؟ فقال: لا سمعت رسول الله ﷺ يقول: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً، واحتج الشافعي فقال: قال رسول الله ﷺ للملاعن بعد اللعان لا سبيل لك عليها، ولم يقل حتى تكذب نفسك فلو كان الإكذاب غاية لهذه الحرمة لردها رسول الله ﷺ إلى هذه الغاية كما قال تعالى في المطلقة الثلاث ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. ثم عاد الشافعي إلى كلامه الأول أن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده فقال: ولما قال رسول الله ﷺ: الولد للفراش، وكانت فراشاً لم يجز أن ينفي الولد عن الفراش إلا بأن يزول الفراش ومقصوده بهذا الكلام الاحتجاج على أن قطع الفراش يحصل بلعان الزوج قبل لعانها وقبل قضاء القاضي بالطلاق.

ووجه الاحتجاج أن رسول الله ﷺ قال: الولد للفراش ومعقول أن الزوج إذا لاعن انتفى عنه الولد قبل لعانها وصار ملحقاً بالأم كما ألحقه رسول الله ﷺ فلولا أن الفراش زائل قبل لعانها لما صار الولد منتفياً عنه فإن ارتكب الخصم فقال: لا يصير الولد منتفياً إلا بعد لعانها قيل له: إن نفي الولد عن الزوج بيمينه والتعانه لا بيمينها ولعانها لأن الاعتبار بقوله في الإلحاق لا بقولها، ألا ترى أنها في لعانها تلحق الولد به ونحن ننفيه عنه فيعتبر، نفي الزوج لا الحاق المرأة وهذا إذا أكذب الزوج نفسه ألحق

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٨).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٢٤٣٦).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٢٤٣٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٩).

الولد به وما دام نقرا على اللعان [٢٠٧/ب] فالولد منفي عنه، ولهذا لو قالت الأم: ليس هو منك إنما استعرته لم يكن قولها شيئاً وهو يستلحقه والولادة على فراشه فعرفنا أن نفي الولد بلعانه لا بلعانها والولد لا ينفى عنه إلا والفراش منقطع لأن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» فخرج من هذا إن ما لم يكن للعانها تأثيره في النفي لم يعتبر فيه أصلاً إذا انتفى بلعانه وحده بالدليل انقطع الفراش بلعانه وحده أيضاً ثم اعلم إذا بانت باللعان إن كان قبل الدخول لا سكنى لها ولا نفقة ولا عدة لها نصف المهر، وإن كان بعد الدخول فإن كانت حائلاً لا نفقة لها في العدة فإن كانت حاملاً، فإن لم يكن نفى الحمل هل يلزمه النفقة لها؟ قولان، وإن كان نفى الحمل لا نفقة أصلاً والسكنى قولاً واحداً حتى تنقضي العدة والمهر بتمامه لازم، وقد روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال للمتلاعنين: حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها، قال: يا رسول الله مالي قال: لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك، وقال الحكم وحماد: إذا لاعن قبل الدخول بها لها الصداق كاملاً، وقال الزهري: إذا تلاعنا لا صداق لها وهذا غلط لما ذكرنا.

مسألة: قالَ[1]: «وقالَ بعضُ الناسِ: إذا التعنْ ثم قالتْ: صدقتْ إني زنيتُ فالولدُ لاحقُ ولَا حدَّ عليهَا ولا لعانَ».

الفصل

إذا قذف زوجته فصدقته فيما ذكر لا يخلو إما أن تكون بعد فراغه من اللعان أو قبل ذلك فإن كان بعد فراغه منه تعلق باعترافها حكم واحد وهو أنها لا تلاعن على نفي الحد عنها ويكون الحد واحداً عنها بلعانه واعترافها به فإن أكذبت نفسها فقالت: كذبت وما زنيت [٢٠٨/أ] سقط ما وجب عليها باعترافها وكان لها الآن أن تلاعن على إسقاط الحد عن نفسها وإن صدقته قبل فراغه من اللعان فلا فصل بين أن يكون التصديق قبل شروعه في اللعان أو بعد شروعه فيه وقبل إكماله فقد وجب الحد عليها باعترافه وسقط عنه حد القذف، وأما اللعان فإن كان هناك ولد نفاه ولاعن، وإن لم يكن ولد هل يلاعن لقطع الفراش؟ قد ذكرنا، وقال أبو حنيفة: إذا صدقته واعترفت بالزنا لا حد عليها بإقرارها مرة واحدة ولا لعان وبقي الولد ثابت النسب فيتعذر اللعان منه عند أبي حنيفة بتعذره من جهة المرأة ولا ينتفي النسب من دون اللعان، واحتج الشافعي عليه فقال: دخل عليه أنه لو قذف فاسق عفيفة مسلمة والتعن كاذباً وبقي الولد وهي عند المسلمين اصدق منه كان الولد منفياً عنه، وإن كانت فاسقة فصدقته وقالت: زنيت كان الولد ملحقاً به فجعل أبو حنيفة ولد العفيفة لا أب له وألزمها عادة وجعل

(١) انظر الأم (٤/١٦٣).

ولد الفاسقة ولداً له أب لا ينفى عنه بحال وهذا بحال.

مسألة: قال[١]: «وأيهمَا ماتَ قبلَ أن يكملَ الزوجُ اللعانَ ورثَ صاحبهُ».

الفصل

إذا مات أحد الزوجين بعد الشروع في اللعان لا يخلو إما أن يموت الزوج أو الزوجة. فإن مات الزوج فلا سبيل إلى إكمال اللعان لأن الورثة لا يقومون مقامه، وإن ماتت الزوجة نظر فإن جاء ورثتها تطالبه بالحد كان له أن يكمل اللعان لدرء الحد عن نفسه، وإن لم تطالبه بحدها، فإن كان هناك نسب يريد نفيه كان له أن يكمل اللعان، وإن لم يكن نسب لم يكن له إكماله، فإذا قلنا له: إكماله فأكمله لم ينقطع إرثه منها لأن النكاح زال بالموت لا باللعان فإن قيل أليس لو مات الولد ثم لاعن على نفيه [٢٠٨/ب] بعد موته لا يؤثر قلنا: الفرق هناك بيننا باللعان إن لم يكن ابناً له قط ولا يتبين إنها لم تكن زوجة له بل تنقطع الزوجية عقيب الفراغ من اللعان في الحال فافترقا، فإن قيل: فالزوج بعض الورثة فكيف تطالبه باقي الورثة؟ قلنا: لأن حد القذف لكل الورثة ولكل واحد منهم لما ذكرنا أنه لو عفى بعضهم كان للباقين الاستيفاء بخلاف القصاص، وإن ماتت المرأة ولا وارث لها هل يطالب الإمام بالحد، ويلاعن على ما ذكرنا فيما تقدم والأظهر أنه يسقط حكمه بموتها هاهنا ولو مات بعد فراغه من اللعان لا توارث خلافاً لمالك وأبي حنيفة بناءً على أصلهما حيث قالا لا ينقطع النكاح بلعانه وحده على ما ذكرنا من مذهبهم فيما تقدم.

مسألة: قال[٢]: «فإنْ امتنعَ أن يكملَ اللعانَ حدَّ لهَا، فإنْ طلبَ الحدَّ الذِي قذفهَا بهِ لمْ يحدْ».

إذا شرع الزوج في اللعان ثم أكذب نفسه قبل إكماله حددناه لها حد القذف لأن الحد إنما يسقط بكمال اللعان، فإذا لم يكمل لا يسقط كما لو لم يكمل البينة ثم إذا حددناه لها ثم جاء المرمى به وطالبه بالحد هل يحد له؟ ذكرنا فيما تقدم والمنصوص هاهنا أنه لا يحد له وهو اختيار أبي إسحاق. فإن قيل: أليس لو عفت المرأة حددتموه لها حداً كاملاً فدل على أن عليه حدين، قلنا: هذا يدل على أن لكل واحد منهما حقاً في الحد ولا يدل على انفراد كل واحد منهما بحد كامل ألا ترى أن رجلاً لو سرق من رجلين فأيهما جاء يطالبه قطعنا يده لهما جميعاً وإن عفا أحدهما ولم يطالب وجاء الآخر وطالبه قطعنا يده له [٢٠٩/أ] فإن قيل: إذا لاعنهما ولم يسمه في لعانه أوجبتم إعادة اللعان له ولم يسقط حقه بسقوط حقها في أحد القولين فقولوا مثله هاهنا، قلنا: البينة إذا قامت أنه سرق من اثنين فلا بد من أن يسمي البينة كل واحد من المسروق منهما والقطع لهما واحد فلذلك هاهنا لا بد من تسميتها والحق لهما واحد.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٦٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٦٤).

قال صاحب المنهاج: وعلى ما ذكرنا لو أقر رجل بالزنا وسمي المزني بها ثم رجع عن إقراره ليس عليه حد القذف لأن الإقرار إقرار واحد وقد أسقطنا حكمه في نفسه قياساً على ما لو حد لها سقط حد المرمى به لأن الفعل واحد، قال: وقد قيل غير ذلك وعندي هذا سهو منه، والمنصوص أنه إذا رجع عن إقراره لا يسقط حد قذفها ثم قال الشافعي: والولد للفراش ولا ينفي إلا على ما نفى به رسول الله ﷺ وأراد به أن الولد يلحقه ولا ينفى عنه إلا باللعان ولا ينفي بالشبه والاستدلال وأراد لا ينتفي إلا بكمال اللعان خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: أكثر اللعان يكفي إذا حكم به الحاكم وهذا التأويل أظهر، ولو قال: هو ولد زنا وما هو مني أو انتفيت منه أو أنا بريء منه لا يؤثر في نفيه وهذا لمراعاة الاحتياط في النسب.

مسألة: قال[1]: «ولو أكملَ اللعانَ وامتنعتْ من اللعانِ وهي مريضةٌ أوْ فِي بردٍ أو حرٍ وكانتْ ثيباً رجمتْ».

الفصل

عبّر الشافعي عن المحصنة بالثيب وعن غير المحصنة بالبكر كما عبر رسول الله ﷺ حيث قال: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم، وجملته أنه لا يخلو إما [٢٠٩/ب] أن تكون بكراً أو ثيباً، فإن كانت بكراً يجب عليها عند الامتناع من اللعان بعد لعانه حد الإبكار وهو الجلد والتغريب فإن كانت صحيحة والهواء معتدل لا شدة حر ولا شدة برد يقام عليها الحد، وإن كان الهواء غير معتدل لا يقام حتى يعتدل الهواء لأن القصد منه الزجر والردع لا الإتلاف ولا يؤمن منه السراية والتلف، وإن كانت مريضة فإن كان مرضها يرجى زواله أخر إلى أن تبرأ، وإن كان لا يرجى زواله كالزمانة والسل أقيم عليها الحد عاجلاً بأطراف الثياب وأشكال النخل ولا فرق بين أن يكون ثبت عليها هذا الحد بالبينة أو بامتناعها من اللعان أو بالإقرار وإن كانت ثيباً، قال أبو إسحاق: ترجم في جميع الأحوال لأن القصد إتلافها وهو ظاهر كلام الشافعي ومن أصحابنا من قال: هذا إذا ثبت الرجم بالبينة، فإن ثبت بإقرارها أو بامتناعها من اللعان أخر لشدة الحر والبرد لأن لها مخلصاً منه بالرجوع عن الإقرار والإقدام على اللعان فلا نأمن من أن نرجمها بعض الرجم ثم ترجع فنكون قد أعنا علي تلفها وليس كذلك إذا قامت عليها البينة لأن لا مخلص لها منه وهذا لا يصح لأنه يحتمل رجوع الشهود عن الشهادة كما يحتمل رجوعها، وقال بعض أصحابنا: على عكس هذا، وهو أنه أن ثبت بالبينة لا يقام الحد إلا في هواء معتدل بخلاف الإقرار والفرق أن المقر هتك حرمة نفسه وأظهر الزنا الذي كان مندوباً إلي ستره فغلظ عليه وإقامة الحد في جميع الأوقات بخلاف ما لو أقيم عليه البينة وهذا ليس بشيء، وقال

(١) انظر الأم (٤/ ١٦٤).

القفال: نص الشافعي بالإقرار أنه يؤخر وقاس بعض أصحابنا: عليه امتناعها من اللعان [٢١٠/أ] وفرق بعض أصحابنا بينهما وهو أنه يستحب له الرجوع عن الإقرار، وإن كانت صادقة في إقرارها فنحن وإن حملنا الأمر على الصدق فالتوهم باق وهاهنا وإن كانت محقة في امتناعها من اللعان فلا يندب ولا يباح لها أن تلاعن لأنها مبطلة في اللعان فلهذا لا يؤخر عن الحر والبرد وأسباب التلف وهذا كما أن رجوع الشهود عن الشهادة موهوم غير أن الظاهر أنهم صادقون ومع الصدق لا يرجعون فلا يؤخر هناك وهذا أيضاً ضعيف بخلاف ظاهر نص الشافعي وأما قطع الطرف في القصاص من أصحابنا من قال: نص الشافعي على أنه لا يقطع في شدة الحر والبرد ويؤخر القطع في السرقة بحيث أن تكون مثله، وقال الداركي: يقطع في الحال لأن قطع الطرف يقضي إلى التلف في الغالب فإذا أذن فيه مع الخوف من التلف استوفى الأحوال كلها في استيفائه.

مسألة: قال(١): «وقالَ بعضُ الناسِ لا يلاعنُ بحملٍ لعله ريحٍ».

أراد به أبا حنيفة حيث قال: لا يجوز نفي تحمل بحال على ما ذكرنا من مذهبه ودليلنا على فساده، واحتج عليه الشافعي هاهنا فقال له: أرأيت لو أحاط العلم بأن ليس حمل أم يلاعن بالقذف قال: بلى، قيل: فلم لا تلاعن مكانه وهذا إلزام مختصر ومعناه أنه لو كانت حاملاً بحيث نعلم يقيناً أن لا حمل بها وقذفها جاز له ملاعنتها وقطع فراشها فإذا بان بها حمل فلم لا تلاعنها مكانه فإن قلت: لا يلاعنها حتى تصنع فهذا محال لأنه متى جاز له اللعان ولا حمل بها لأن القذف موجود وجب أن يجوز اللعان وبه حمل لأن القذف موجود، وإن قلت له أن يلاعنها في الحال ويقطع فراشها لكان له نفي الولد [٢١٠/ب] لأن الولد للفراش والوقت الصالح لنفي الفراش صالح لنفي الولد.

مسألة: قال(٢): «وزعمَ يعني أبا حنيفَة لو جامعهَا وهوَ يعلمُ بحملهَا فلمَا وضعتْ تركهَا تسعاً وثلاثينَ ليلةً وهي فِي الدمِ معهُ فِي مقرٍّ لهُ ثمَّ نفى الولد كان ذلكَ له».

الفصل

قد ذكرنا أنه يصح نفي الحمل باللعان خلافاً لأبي حنيفة فإن لم ينفه وتركه لم يلزمه لأن تركه محتمل أن يكون لأنه تحقق وجوده، وذكر الإمام الجويني في «المنهاج» أنه لو أحاط عنه بالحمل فسكت ولم ينف ليس له النفي بعده خلافاً لأبي حنيفة لأن يكون سكوته دليل على رضاه به، وهذا محتمل إذا قال: اعلم أن بها حملاً وإذا أنفى الآن أو سكت، وإذا وضعت وعلم وأمكنه نفيه فلم ينف لزمه نسبه عندنا وليس له نفيه بعدها لأنه على النور وفيه قول آخر للشافعي: أنه تمهل ثلاثة أيام وقال أبو حنيفة: له أن

(١) انظر الأم (٤/ ١٦٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٦٥).

يؤخر النفي يوماً أو يومين استحباباً، وروي عنه ثلاثة أيام كما قلنا في أحد القولين وقال أبو يوسف ومحمد: له نفيه في مدة النفاس إلى أربعين يومًا؛ لأن أيام دم إبقائه لحالة الولادة. وقال عطاء ومجاهد: له نفيه أبداً ما لم يغربه وهذا كله غلط؛ لأنه خيار ثبت لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الرد بالعيب والشفعة.

واعلم أن الشافعي اشتغل في هذا الفصل بالاحتجاج في مسألة الحمل واللعان عليه، فقال: قد ترك أبو حنيفة ما حكم به رسول الله ﷺ بين العجلاني وامرأته وهي حامل من اللعان فخالف السنة بمنع اللعان على الحمل ثم الزمه فساد مذهبه في المسألة الأخرى فقال: ولو لم يكن كما قلنا سنة كان قد جعل السكات [٢١١/أ] في معرفة الشيء في معنى الإقرار، فزعم في الشفعة إذا علم فسكت فهو إقرارٌ بالتسليم، وفي العبد يشتريه إذا استخدمه رضا بالعيب ولم يكلم فحيث شاء جعله رضا، ثم جاء إلى الأشبه بالرضا والإقرار وهو نسب هذا الولد فجعله رضا، ثم ذهب في ذلك إلى تقدير الأصل له، فجعل ممته إلى أربعين ليلة إقراراً بنسبه وأباه في تسع وثلاثين ليلةً، فما الفرق بين الصمتين؟ ومقصود مناقضة قوله حيث جعل السكوت رضا في الشفعة والرد بالعيب ولم يجعله رضا فيما الأولى بالاحتياط فيه وهو النسب، ولم يقدر في الشفعة والرد بالعيب بثلاثة أيام وقدر هنا بأربعين يوماً، وهذه مناقضة ظاهرة.

واعلم أن مذهب أبي حنيفة خلاف ما ظنه الشافعي على ما ذكرنا. وقيل: علم هو مذهب أبي حنيفة وهذه المناظرة مع أبي يوسف.

مسألة: قَالَ[1]: «وَزَعَمَ بِأَنَّهن اسْتَدَلَّ بِأَنَّ اللَّهَ عَز وَجَلَ لَمَّا أَوْجَبَ عَلَى الزَّوْجِ الشَّهَادَةَ لِيَخْرُجَ بِهَا مِن الحَدّ، فَإِذَا لم يخْرج مِن مَعنى القَذْف لزمَه الحَدّ قِيل لهُ، وكَذَلِكَ كُل من أحلفته ليَخْرُج مِنَ شَيْءٍ فَلَمْ يَحْلِفَ حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الشَيْءِ إمَا في مالٍ أَوْ غَضْبٍ أَوْ جُرْحِ عَمْدٍ، قَالَ: نَعْم، فَقُلْتُ: فَلِمَ لَمْ تَقل ذَلِكَ في المَرْأَةِ أَنَّكَ تُحلفَا لِتَخْرُجَ مِنَ الحَدِّ».

الفصل

اعلم أن الشافعي رجع إلى المناظرة في مسألة سبقت في هذا الباب، وهي أن الزوج إذا لاعن ونكلت عن اللعان فعليها حد ذكرها خلافاً لأبي حنيفة، واختلفوا في الزوج إذا نكل عن اللعان، فمنهم من قال: لا يلزمه الحد [٢١١/ب] بل يحبس ليلاعن، وهذا هو المشهور من مذهبه. ومنهم من سلم أن الزوج يحد، والشافعي حكى له هذا المذهب، واستدل عليه بما ذكر ورجح أحد المذهبين لهم، فقال: وليس في التنزيل أن الزوج يدرأ باللعان حداً كما في التنزيل أن المرأة تدرأ باللعان حداً، ثم حددت الزوج إذا نكل فأولى أن تحدها إذا نكلت، واحتج على بطلان الحبس فقال: «لها أن تقول:

(١) انظر الأم (٤/١٦٦).

إن كان الزوج صادقاً فحدوني، وإن كان كاذباً فخلوني فما بالي والحبس، وليس حبسي في كتاب الله تعالى ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على أحدها»، ثم زاد الشافعي إلزاماً فقال: «فإن قلت العذاب المذكور في القرآن هو الحبس لا الحد فهذا خطأ ـ لأنه يكون مجهول المقدار حينئذ ـ فكم ذاك الحبس مائة يوم أو حتى يموت، قد قال تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، أفتراه عنى الحد أو الحبس؟ قال: بل الحد وما الحبس بحد، والعذاب في الزنا الحدود، ولكن السجن قد يلزمه اسم عذاب، قلت: والسفر، والدهر، والتعليق، وكل ذلك يلزمه اسم عذاب». فإذا جاز لك أن تعذبها بالحبس تحكيماً من جهتك وليس حبسها من الكتاب، فجوز لنفسك أن تقول بحكم آخر يعذب بالتغريب والدهن والتعليق؛ لأن كل ذلك يسمى عذاباً.

ثم رجع الشافعي إلى أول هذا الباب فتكلم في تأييد الحرمة باللعان، واحتج بما روي عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود، رضي الله عنهم أنهم قالوا: «لا يجتمع المتلاعنان أبداً» وهم رووا عنه وخالفوهم.

كتاب الأيمان

قال في الحاوي: أما اليمين فهي القسم، سمي يميناً، لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه.

والأصل في الأيمان قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ أَن تَبَرُّوا۟ وَتَتَّقُوا۟ وَتُصْلِحُوا۟ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٤﴾﴾ [البقـرة: ٢٢٤].

أما العرضة في كلام العرب، ففيها وجهان:

أحدهما: أنها القوة، والشدة.

والثاني: أن يكثر ذكر الشيء حتى يصير عرضة له، ومنه قول الشاعر:

فـلا تـجـعـلـنـي عـرضـة لـلـوائـم

وأما العرضة في الأيمان، ففيها تأويلان:

أحدهما: أن يحلف بها في كل حق وباطل، فيبتذل اسمه، ويجعله عرضة.

والثاني: أن يجعل يمينه علة يتعلل بها في بره، وفيها وجهان:

أحدهما: أن يحلف: لا يفعل الخير، فيمتنع منه لأجل يمينه.

والثاني: أن يحلف: ليفعلن الخير، فيفعله لبره في يمينه لا للرغبة في ثوابه. وفي قوله تعالى: ﴿أَن تَبَرُّوا۟﴾ [البقـرة: ٢٢٤] تأويلان:

أحدهما: أن تبروا في أيمانكم.

والثاني: أن تبروا أرحامكم.

وفي قوله: ﴿وَتَتَّقُوا۟﴾ [آل عِمرَان: ١٢٠] تأويلان:

أحدهما: أن تتقوا المعاصي.

والثاني: أن تتقوا الخبث ﴿وَٱللَّهُ سَمِيعٌ﴾ [آل عِمرَان: ١٢١] لأيمانكم ﴿عَلِيمٌ﴾ [الأعـراف: ١٠٩] بافتقاركم. وقال تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿٢٢٥﴾﴾ [البقـرة: ٢٢٥].

واللغو في كلام العرب هو ما كان قبيحاً مذموماً، وخطأ مذموماً مهجوراً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا۟ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُوا۟ عَنْهُ﴾ [القَصَص: ٥٥].

وفي لغو الأيمان سبعة تأويلات، وقد أفرد الشافعي لذلك باباً يذكر فيه، وفي ترك المؤاخذة به وجهان:

أحدهما: لا يؤاخذ فيه بالكفارة.

والثاني: لا يؤاخذ فيه بالإثم.

وفي قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٥] تأويلان:

أحدهما: ما قصدتم من الأيمان.

والثاني: ما اعتمدتم من الكذب ﴿وَاللَّهُ غَفُورٌ﴾ [آل عِمرَان: ٣١] لعباده فيما لغوا من أيمانهم ﴿حَلِيمٌ﴾ [البَقَرَة: ٢٦٣] في ترك معاجلتهم بالعقوبة على معاصيهم.

وقال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾ [المَائدة: ٨٩]. وعقدها هو لفظ باللسان، وقصد بالقلب، لأن ما لم يقصده من أيمانه هو لغو لا يؤاخذ له.

وفي تشديد قوله: ﴿عَقَّدتُّمُ﴾ [المَائدة: ٨٩] تأويلان:

أحدهما: تغليظ المأثم بتكرارها.

والثاني: أن تكرارها في المحلوف عليه إذا كان واحداً لم يلزم فيه إلا كفارة واحدة.

ثم قال تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المَائدة: ٨٩]. فيه وجهان:

أحدهما: أنها كفارة ما عقدوه من الأيمان، قاله الحسن، وقتادة.

والثاني: أنها كفارة الحنث بعد عقد الأيمان، ولعله قوله ابن عباس، وسعيد بن جبير، والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن يعتبر حال اليمين في عقدها وحلها، فإنها لا تخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون عقدها طاعة، وحلها معصية.

كقوله: واللَّه لا قتلت نفساً خيرة، ولا شربت خمراً.

فإذا حلف بقتل النفس، وشرب الخمر، فكانت الكفارة لتكفير مأثم الحنث دون عقد اليمين.

والثانية: أن يكون عقدها معصية، وحلها طاعة.

كقوله: واللَّه لا صليت ولا صمت.

فإذا حنث بالصلاة والصيام كانت الكفارة لتكفير مأثم اليمين دون الحنث.

والثالثة: أن يكون عقدها مباحاً، وحلها مباحاً.

كقوله: واللَّه لا لبست هذا الثوب، ولا دخلت هذه الدار.

فالكفارة تتعلق بهما، وهي بالحنث أحق، لاستقرار وجوبها به.

وقال تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المَائدة: ٨٩] وفيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: احفظوها أن يحلفوا.

والثاني: احفظوها أن تحنثوا.

والثالث: احفظوها لتكفروا.

والسنة ما رواه أبو أمامة الحارثي، وهو إياس بن ثعلبة، عن النبي ﷺ أنه قال: «من اقتطع بيمينه مال امرىء مسلم حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار».

قيل: «وإن كان شيئاً يسيراً، قال وإن كان سواكاً من أراك»[(١)] وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير، ويكفر عن يمينه»[(٢)].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «اليمين حنث أو مندمة».

وقد حلف رسول الله ﷺ عام الفتح، فقال: «واللّه لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً»[(٣)].

وروي أنه قال: «إن شاء الله».

وروي أنه كان إذا أراد أن يحلف قال: «لا والذي نفس محمد بيده»[(٤)] وروي أنه كان يقول: «لا ومقلب القلوب»[(٥)].

فإذا تقرر هذا، فعقد اليمين موضوعة لتحقيق المحلوف عليه إن كان ماضياً، أو لالتزامه إن كان مستقبلاً.

مسألة[(٦)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ أَوْ بِاسْمٍ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ فَحَنَثَ فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ».

قال في الحاوي: اعلم أن الأيمان معقودة بمن عظمت حرمته، ولزمت طاعته وإطلاق هذا مختص باللّه تعالى، فاقتضى أن يكون اليمين مختصة باللّه جلت عظمته، وله أسماء وصفات.

فأما أسماؤه فأخصها به قولنا: الله، لأن أحداً لم يتسم به، وقد قيل: إنه اسمه

---

(١) أخرجه مسلم (٢١٨/١٣٨)، والنسائي (٨/٢٤٦)، وأحمد (٥/ ٢٦٠)، وأبو عوانة (١/ ٣٢)، والطبراني في «الكبير» (١/ ٢٤٦).

(٢) أخرجه مسلم (١١/ ١٦٥٠)، وأحمد (٢/ ٢١١، ٢١٢)، والدارمي (٢/ ١٨٦)، والترمذي (١٥٣٠)، وابن ماجه (٢١٠٨)، والطبراني في «الكبير» (١٧/ ٩٦).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥)، وعبد الرزاق (١١٣٠٦، ١٦١٢٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٩٢٧)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ٣٧٨، ٣٧٩)، والخطيب في «تاريخه» (٧/ ٤٠٤)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٨٢).

(٤) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣، ٤٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٨١١).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٤٨٠)، والبخاري (٦٦١٧)، وأبو داود (٣٢٦٣)، والترمذي (١٥٤٠)، والنسائي (٣٧٦١، ٣٧٦٢)، وابن ماجه (٢٠٩٢).

(٦) انظر الأم (٥/ ٢٢٣).

الأعظم، وهذا أحد التأويلين في قوله تعالى: ﴿هَلْ تَعْلَمُ لَهُۥ سَمِيًّا﴾ [مَريَم: ٦٥]. أي: من يتسمى باسمه الذي هو: الله؟

والثاني: فيه هل تعلم له شبيهاً؟

واختلفوا في هذا الاسم، هل هو علم لذاته، أو اسم مشتق من صفاته على قولين:

أحدهما: أنه اسم علم لذاته غير مشتق من صفاته، لأن أسماء الصفات تكون تابعة لأسماء الذات، فلم يجد بداً من اختصاصه باسم ذات يكون علماً، لتكون أسماء الصفات تبعاً، وهذا قول الخليل والفضل.

والثاني: أنه اسم مشتق من «أله» صار بناء اشتقاقه عند حذف همزة، وتفخيم لفظة: الله، فالحالف بهذا الاسم حالف بيمين منعقدة لا يرجع فيها إلى إرادة الحالف به، وسواء قيل: إنه اسم علم لذاته، أو مشتق من صفاته، لأنه لا ينطلق على غيره.

وفي معنى الحلف بهذا الاسم أن تقول: والذي خلقني، أو والذي صورني، فتنعقد به يمينه، لأن الذي خلقه وصوره هو الله، فصار كقوله: والله، لا يكون هذه يميناً باسم مكنى، لأنه صريح لا يحتمل غيره.

وهكذا لو قال: والذي أصلي له، أو أصوم له، أو أزكي له، أو أحج له، انعقدت يمينه كقوله: والله، لأن صلاته وصيامه وزكاته وحجه للَّه لا لغيره.

فصل:

فأما غير هذا الاسم العلم من أسمائه تعالى، فينقسم ثمانية أقسام:

أحدهما: ما يجري في اختصاصه به مجرى العلم من أسمائه، وهو: الرحمٰن، فيكون المحالف به كالحالف بالله لأمرين:

أحدهما: أنه ليس يتسمى به غيره من خلقه، ولئن طغى مسيلمة الكذاب، فتسمى: رحمان اليمامة، فهي تسمية إضافة لم يطلقها لنفسه، فصار كمن لم يتسم به.

والثاني: أنه تعالى أضاف إلى هذا الاسم ما اختص به من قدرته، وتفرد به من خلقه، فقال: ﴿ٱلرَّحْمَٰنُ عَلَى ٱلْعَرْشِ ٱسْتَوَىٰ ۝٥﴾ [طٰه: ٥]، فأجراه مجرى العلم من أسمائه الذي هو الله.

واختلف فيه أهل اللغة هل هو اسم علم أو صفة؟ على وجهين:

أحدهما: أنه اسم علم على غير مشتق من صفة، لأن جميع أهل المال قد سموه به، ولم يختص باللسان العربي.

والثاني: أنه اسم عربي مشتق من صفته بالرحمة.

واختلفوا في هذه الرحمة المشتق منها الرحمٰن هل هي رحمة تفرد بها، أو توجد في العباد مثلها على وجهين:

أحدهما: أنها رحمة توجد في العباد مثلها، واختصاصه مثلها باشتقاق لفظ المبالغة

في الرحمة، ومشاركته لخلقه في الرحيم، فلذلك كان الرحمٰن مختصاً به، والرحيم مشتركاً.

والثاني: أنه مشتق من رحمة تفرد الله بها دون خلقه، وفي هذه الرحمة التي تفرد بها وجهان:

أحدهما: أنها رحمته لأهل السماء والأرض، فيكون مشتقاً من رحمة هي صفة لذاته، لأنه مستحق لهذه الصفة قبل خلقهم.

والثاني: أنها صفة للرحمة: فيكون مشتقاً من رحمة هي صفة لفعله، لأنه مستحق لهذه الصفة بعد خلق الرحمة.

وعلى كلا الوجهين تكون اليمين بهذا الاسم منعقدة في أهل الملل وغيرهم، كانعقادها بالله سواء قيل اشتقاقه من صفة ذاته، أو صفة فعله، لأنها يمين بالاسم دون الصفة.

فصل:

والقسم الثاني: من أسمائه ما اختص باسم المعبود دون العبد، وهو الإله، أجمعوا على أنه اسم اشتقاق، واختلفوا فيما اشتق منه على وجهين:

أحدهما: أنه مشتق من الوله، لأن العباد يألهون إليه أي: يدعون إليه في أمورهم.

والثاني: أنه مشتق من الألوهية وهي العبادة من قوله: فلان يتأله أي: يتعبد.

واختلف على هذين الوجهين هل اشتق اسم الإلٰه من فعل الوله والعبادة أو من استحقاقها على وجهين:

أحدهما: أنه اشتق من فعلها، فعلى هذا يكون مشتقاً من صفات أفعاله.

والثاني: أنه مشتق من استحقاقها، فعلى هذا يكون مشتقاً من صفات ذاته، وعلى كلا الوجهين يكون الحالف بالإلٰه منعقد اليمين في الظاهر والباطن إن كان من أهل الملل، لأن جميع أهل الملل ليس لهم إلٰه غير الله، وإن كان من غير أهل الملل من عبدة الأصنام، انعقد به اليمين في الظاهر، وكان في الباطن موقوفاً على إرادته، لأنهم يجعلون هذا الاسم مشتركاً بين الله تعالى وبين أصنامهم التي يعبدونها.

فصل:

والقسم الثالث: من أسمائه ما اختص إطلاقه بالله تعالى، وكان في الإضافة مشتركاً، وهو الرب، اسم مأخوذ من صفة، اختلف فيها على أربعة أوجه.

أحدها: أنه مأخوذ من المالك، كما يقال: رب الدار أي مالكها.

والثاني: أنه مأخوذ من السيد، لأن السيد يسمى رباً قال الله تعالى: ﴿أَمَّآ أَحَدُكُمَا فَيَسۡقِي رَبَّهُۥ خَمۡرٗاۖ﴾ [يُوسُف: ٤١]. يعني سيده.

والثالث: أنه الرب المدبر، ومنه قوله الله تعالى: ﴿وَالرَّبَّٰنِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ﴾ [المائدة: ٤٤]. وهم العلماء سموا ربانيين، لقيامهم بتدبير الناس بعلمهم وقيل: ربة البيت، لأنها تدبره.

والرابع: أن الرب مشتق من التربية، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النِّسَاء: ٢٣]. فسمي ولد الزوجة ربيبة، لتربية الزوج لها، فعلى هذا إن قيل: إن صفة الله تعالى بأنه رب، لأنه مالك أو سيد، فذلك صفة من صفات ذاته.

وإن قيل: لأنه مدبر لخلقه أو مربيهم، فذلك صفة من صفات فعله، وصفات ذاته قديمة، وصفات فعله محدثة، وهما في اشتقاق الاسم منه على السواء، لأنه يكون حالفاً بالاسم دون الصفة، وإن كانت اليمين بالصفتين مختلفة، تنعقد بصفة الذات لقدمها، ولا تنعقد بصفة الفعل، لحدوثها.

فإذا تقرر اشتقاقه انقسمت اليمين به أربعة أقسام:

أحدها: ما يكون به حالفاً في الظاهر والباطن، وهو أن يصفه بما لا يستحقه إلا الله تعالى، وهو أن يقول: رب العالمين، أو رب السمٰوات والأرضين، فهذا حالف به في الظاهر والباطن، لأنه وصفه بما اختص الله تعالى به دون غيره، فإن قال: أردت غير الله لم يقبل منه.

والقسم الثاني: ما يكون به حالفاً في الظاهر، ويجوز أن يكون غير حالف به في الباطن، وهو أن يقول: والرب، فيدخل عليه الألف واللام، ولا يعرفه بصفة، فيكون حالفاً به في الظاهر، فإن قال: أردت به رب الدار، دين في الباطن، ولم يكن به حالفاً لاحتماله، وكان حالفاً به في الظاهر لإطلاقه.

والقسم الثالث: ما لا يكون به حالفاً في الظاهر، ويجوز أن يكون حالفاً به في الباطن، وهو أن يقول: ورب هذه الدار، فلا يكون حالفاً في الظاهر، لأنه في العرف إشارة إلى مالكها، فإن قال: أردت به خالقها، وهو الله تعالى، كان حالفاً.

والقسم الرابع: ما اعتبر به عرف الحالف، وهو أن يقول: وربي، فإن كان من قوم يسمون السيد في عرفهم رباً، لم يكن حالفاً في الظاهر إلا أن يريد به الله تعالى، فيصير به حالفاً، وإن كان من قوم لا يسمون الرب في عرفهم إلا الله تعالى كان حالفاً في الظاهر إلا أن يريد به الله تعالى، فلا يكون حالفاً في الباطن اعتباراً بالعرف في الحالين، قال الله تعالى: ﴿أَمَّآ أَحَدُكُمَا فَيَسْقِي رَبَّهُۥ خَمْرًا﴾ [يُوسُف: ٤١]. يعني سيده.

وحكي عن إبراهيم: ﴿إِنِّي ذَاهِبٌ إِلَىٰ رَبِّي سَيَهْدِينِ﴾ [الصَّافات: ٩٩]. يعني الله تعالى، فكان الرب في إبراهيم ويوسف مختلفاً في المراد به لاختلافهم في العرف.

فصل:

والقسم الرابع من أسمائه تعالى: ما كان إطلاقه مختصاً بالله تعالى في الظاهر،

واختلف في جواز العدول به عن الباطن على وجهين، وهو ثلاثة أسماء: القدوس، والخالق، والبارىء.

فأما القدوس: فهو اسم من أسماء الله تعالى مختص به في العرف، واختلف في معناه على أربعة أوجه:

أحدها: أنه المبارك، قاله قتادة.

والثاني: أنه الظاهر، قاله وهب بن منبه.

والثالث: أنه المنزه من القبائح.

والرابع: أنه اسم مشتق من تقديس الملائكة، فإذا حلف بالقدوس كان كالحالف بالله تعالى في الظاهر، فإن عدل به عن الباطن إلى غيره، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ولا يصير به حالفاً في الظاهر والباطن، إذا قيل: إن معناه المبارك أو الطاهر.

والثاني: لا يجوز، ويكون حالفاً، ويكون ظاهراً في الظاهر والباطن إذا قيل: إنه مشتق من تقديس الملائكة، وإنه المنزه من جميع القبائح.

وأما الخالق: فمن أسمائه، وفي معناه وجهان:

أحدهما: أنه المحدث للأشياء على إرادته.

والثاني: أنه المقدر لها بحكمته، فإذا حلف بالخالق كان حالفاً في الظاهر، فإن عدل به في الباطن إلى غيره من المخلوقين، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ولا يصير به حالفاً في الباطن، إذا قيل: إن معناه المقدر للأشياء بحكمته.

والثاني: لا يجوز، ويصير به حالفاً إذا قيل: إن معناه المحدث للأشياء على إرادته.

وأما البارىء: فمن أسمائه تعالى، وفي معناه وجهان:

أحدهما: أنه المنشىء للخلق.

والثاني: أنه المميز للخلق، فإذا حلف بالبارىء كان حالفاً في الظاهر، فإن عدل به في الباطن إلى غيره، فعلى الوجهين:

أحدهما: يجوز، ولا يصير به حالفاً إذا قيل: إن معناه المميز للخلق.

والثاني: لا يجوز، ويصير به حالفاً إذا قيل: إن معناه المنشىء للخلق.

فصل:

والقسم الخامس من أسمائه: ما كان إطلاقه مختصاً بالله تعالى في الظاهر، وجاز أن يعدل به إلى غيره في الباطن وجهاً واحداً:

أحدها: المهيمن.

والثاني: القيوم.

فأما المهيمن فهو من أسمائه في العرف، واختلف في معناه على أربعة أوجه:

أحدها: أنه الشاهد، قاله قتادة.

والثاني: أنه الأمين، قاله الضحاك.

والثالث: أنه المصدق، قاله عبد الرحمٰن بن زيد.

والرابع: أنه الحافظ.

فإذا حلف بالمهيمن كان حالفاً بالله تعالى في الظاهر، فإن عدل به إلى غيره من الباطن جاز، ولم يكن حالفاً.

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إني داع فهيمنوا، أي قولوا آمين حفظاً للدعاء، فسمى القائل أمين مهيمناً، وقد قال الشاعر في أبي بكر رضي الله عنه:

ألا إن خير الناس بعد نبيه ... مهيمنه التاليه في العرف والنكر

يعني: الحافظ للناس بعده.

وأما القيوم: فمن أسمائه، واختلف في معناه على أربعة أوجه:

أحدها: أنه القائم بتدبير خلقه.

والثاني: أنه القائم بالوجود.

والثالث: أنه القائم بالأمور.

والرابع: أنه اسم مشتق من الاستقامة.

فإذا حلف بالقيوم كان حالفاً بالله في الظاهر، فإن عدل به إلى غيره في الباطن جاز، ولم يكن حالفاً، لأن معانيه يجوز أن تكون مستعملة في غيره.

فصل:

والقسم السادس: من أسمائه ما كان إطلاقه مختصاً بغيره في الظاهر، وإن كان من أسمائه في الباطن، وهو: المؤمن، والعالم، والكريم، والسميع، والبصير.

فهذه، وإن كانت من أسماء الله تعالى، فقد صارت في العرف مستعملة في غيره من المخلوقين.

فإذا حلف بأحدها لم يكن حالفاً بالله تعالى في الظاهر، إلا أن يريد بها الله تعالى في الباطن، فيصير بها حالفاً، ولو كثر استعمالها في الله تعالى، وقل استعمالها في المخلوقين، صار حالفاً بها في الظاهر دون الباطن.

فصل:

والقسم السابع: من أسمائه ما كان إطلاقه في لظاهر مشتركاً بين الله تعالى وبين خلقه على سواء كالرحيم، والعظيم، والعزيز، والقادر، والناصر، والملك، فيرجع فيها

إلى إرادة الحالف بها، فإن أراد بها أسماء الله تعالى كان حالفاً بها، وإن أراد بها أسماء المخلوقين لم يكن حالفاً بها، وإن لم تكن له إرادة، ففيها وجهان:

أحدهما: يكونه حالفاً بها تغليباً لأسماء الله تعالى، لأن المقصود به الأيمان في الغالب.

والثاني: أنه لا يكون حالفاً، لأنها مع تساوي الاحتمال فيه تصير كناية لا يتعلق بها مع فقد الإرادة حكم، فلو كثر استعمالها في أسماء الله، وقلت في المخلوقين صار حالفاً بها في الظاهر دون الباطن كالقسم الخامس، ولو كثر استعمالها في المخلوقين، وقل استعمالها في الله تعالى لم يكن حالفاً بها في الظاهر، وإن جاز أن يكون حالفاً بها في الباطن كالقسم السادس.

فصل:

والقسم الثامن من أسمائه: الجبار، والمتكبر، فإن خرج مخرج المدح والتعظيم، كان مختصاً بالله تعالى، وإن خرج مخرج الذم، كان مختصاً بالمخلوقين، وهو اسمان: الجبار والمتكبر، لأنهما في صفات الله تعالى مدح، وفي صفات المخلوقين ذم، فيصير بهما حالفاً إن خرجا مخرج المدح، لاختصاص الله تعالى بالمدح بها، ولا يصير بهما حالفاً إن خرجا مخرج الذم لانتفائه في صفاته.

فهذه ثمانية أقسام تعتبر بها أسماء الله تعالى، إذا حلف بها فيحمل جميع ما جاء به الأثر من أسمائه عليها، فإنه لا يخرج من أحدها.

فصل:

فأما صفات الله تعالى فضربان:

أحدهما: صفات ذاته.

والثاني: صفات أفعاله.

فأما صفات ذاته فقديمة لقدم ذاته، وذلك مثل قوله: وقدرة الله، وعظمة الله، وجلال الله، وعزة الله، وكبرياء الله، وعلم الله، لأنه نزل على هذه الصفات ذا قدرة، وعظمة، وجلال، وعزة، وكبرياء، وعلم فجرت هذه الصفات اللازمة لذاته مجرى الموصوف، فجرى عليها حكم أسمائه في انعقاد اليمين بها في وجوب الكفارة فيها.

وقال أبو حنيفة: إذا حلف بعلم الله لم يكن يميناً، وأجراها مجرى معلومه، ولو حلف بمعلوم الله لم يكن يميناً، كذلك إذا حلف بعلمه.

وهذا فاسد، لأن العلم من صفات ذاته، فانعقدت به اليمين كالقدرة والعظمة، والفرق بين العلم والمعلوم أن المعلوم منفصل عن ذاته، والعلم متصل بها وأما صفات أفعاله فهي محدثة غير لازمة كقوله: وخلق الله، ورزق الله، فلا يكون حالفاً بها لخلوها منه قبل حدوثها، واليمين بالمحدثات غير منعقدة كذلك ما كان محدثاً من صفات أفعاله.

فأما أمانة الله فهي كصفات أفعاله لا ينعقد بها يمين إلا أن يريد اليمين، وأجراها أبو حنيفة مجرى صفات ذاته، فعقد بها اليمين، وأوجب فيها الكفارة.

ودليلنا هو أن أمانة الله فروضه التي أمر بها عبيده، وأوجب عليهم فعلها قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴿٧٢﴾﴾ [الأحزاب: ٧٢].

وقد كان علي بن أبي طالب ـ عليه السلام ـ إذا دخل عليه وقت الصلاة اصفر مرة، واحمر مرة، وقال: أتتني الأمانة التي عرضت على السمٰوات والأرض والجبال، فأبين أن يحملنها، وأشفقن منها، وحملتها أنا، فلا أدري أسيء فيها أو أحس. وإذا كان كذلك دل على أن الأمانة الله محدثة، فلم يلزم بها الكفارة.

فإن قيل: معنى أمانة الله أنه ذو أمانة، وذلك من صفات ذاته. قيل: يحتمل أنه يريد بأمانة الله أنه ذو أمانة، فيكون من صفات ذاته، ويحتمل أن يريد بها فروض الله، فتكون من صفات أفعاله، فلم تنعقد به اليمين مع احتمال الأمرين إلا أن يريد بها اليمين، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَهِيَ يَمِينٌ مَكْرُوهَةٌ وَأَخْشَى أَنْ تَكُونَ مَعْصِيَةً لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمِعَ عُمَرَ يَحْلِفُ بِأَبِيهِ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَلَا إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهُ مَا حَلَفْتُ بِهَا بَعْدُ ذَاكِراً وَلَا آثِراً».

قال في الحاوي: وهو كما قال: اليمين بغير الله من المخلوقات كلها مكروهة، سواء حلف بمعظم كالملائكة، والأنبياء، أو بغير معظم، لرواية الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب، وحلف بأبيه، فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»[2].

وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، قال: سمع النبي الله عمر يحلف بأبيه، فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» قال عمر: فوالله ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً، وفيه تأويلان:

أحدهما: يعني: عامداً ولا ناسياً.

والثاني: معتقداً لنفس، ولا حاكياً عن غيري.

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك»[3]، وفيه تأويلان:

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٣).
(٢) أخرجه البخاري (٦٦٤٧)، ومسلم (١٦٤٦).
(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٦٧، ٨٧، ١٢٥)، والترمذي (١٥٣٥)، وابن حبان (٤٣٤٣)، والحاكم (٤/ ٢٩٧).

أحدهما: فقد أشرك بين الله وبين غيره في التعظيم، وإن لم يصر من المشركين الكافرين.

والثاني: فقد أشرك بالله، فصار كافراً به إن اعتقد لزوم يمينه بغير الله كاعتقاد لزومها بالله.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه حلف بغير الله، فقال للأعرابي: «... وأبيه إن صدق دخل الجنة»[١]، وقال لأبي العشراء الدارمي: «وأبيك لو طعنت في فخذها لأجزاك»[٢]، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يخرج مخرج اليمين، وإنما كانت كلمة تخف على ألسنتهم في مبادىء الكلام.

والثاني: أنه يجوز أن يكون ذلك في صدر الإسلام قبل النهي.

وقول الشافعي: «وأخشى أن يكون معصية».

هي في استحقاق الوعيد، لأنه ليس كل مكروه يستحق عليه الوعيد.

فصل:

فإذا ثبت أن اليمين بغير الله مكروهة، فهي غير منعقدة، ولا يلزم الوفاء بها، ولا كفارة عليه إن حنث فيها، وهو كالمتفق عليه، وهكذا إذا حلف بما يحظره الشرع كقوله: إن فعلت كذا وكذا فأنا بريء من الله، أو كافر به، أو خارج من دين الإسلام، أو فأنا يهودي، أو وثني لم تنعقد يمينه، ولم يزم بالحنث فيها كفارة، وبه قال مالك والأوزاعي، وجمهور الفقهاء. وقال أبو حنيفة: وصاحباه، وسفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق تنعقد يمينه وتلزم الكفارة إن حنث استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، فكان على عمومه.

وربما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف على يمين، ورأى غيرها خيراً منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه»[٣] ولم يفرق.

وبما روى ثابت بن الضحاك، أن النبي ﷺ قال: «من حلف بملة غير ملة الإسلام كاذباً، فهو كما قال، فإن كان صادقاً لم يرجع إلى الإسلام سالماً»[٤] فجعلها يميناً، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١]. فدل على لزومها، ولأن لزوم اليمين بالله لتوكيد حرمتها وحظر مخالفتها، وهذا المعنى موجود فيما عقده من

---

(١) متفق عليه، وقد تقدم تخريجه مراراً.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٣٣٤)، وأبو داود (٢٨٢٥)، والترمذي (١٤٨١)، والنسائي (٤٤٠٨)، وابن ماجه (٣١٨٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري (٦٠٤٧)، ومسلم (١٧٧/ ١١٠).

الكفر بالله تعالى، والبراءة منه، ومن الإسلام، فوجب أن يستويا في اللزوم وفي الكفارة، ولأن البراءة من الله أغلظ مأثماً، وأشد حظراً من الحلف بالله، فلما انعقدت اليمين، ولزم التكفير في أحق المآثمين كان لزومها في أغلظهما أولى.

ودليلنا قوة الله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [النُّور: ٥٣]. فجعلها غاية الأيمان وأغلظهما، فلم تتغلظ اليمين بغير الله.

وروى محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالأنداد، ولا تحلفوا إلا بالله، ولا تحلفوا بالله، إلا وأنتم صادقون»[(١)].

وهذا نص.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف بغير الله فكفارته أن يقول: لا إله إلا الله»[(٢)].

وروي أنه قال: «فقد أشرك» فدل على سقوط الكفارة في اليمين بغير الله؟ ولأنه حلف بغير الله؟ فوجب أن لا تلزمه كفارة؟ كما لو قال: إن فعلت كذا فأنا زان أو شارب خمر أو قاتل نفس، ولأنه حلف بمخلوق يحدث لأن اعتقاد الكفر وبراءته من الإسلام محدث، فوجب أن لا تلزمه كفارة، كما لو حلف بالسماء والأرض والملائكة والأنبياء، ولأنه منع نفسه من فعل بأمر محظور، فوجب أن لا تكون يميناً توجب التكفير، كما لو قال: إن كلمت زيداً فأنا فاسق، أو فعلي قتل نفس أو ولدي.

فأما الجواب عن عموم الآية والخبر فهو أن إطلاقها محمول على اليمين بالله، لأنها اليمين المعهودة، في عرف الشرع والاستعمال.

وأما الجواب عن حديث ثابت بن الضحاك مع حفصة فهو أن يكون دليلاً لنا أشبه من أن يكون دليلاً علينا؟ لأنه لما لم يصر بالحنث خارجاً من الأسلام دل على أنه خرج مخرج الزجر كما قال: «من قتل عبداً قتلناه». جعل الوعيد يوجب يمينه دون الكفارة ولو وجبت لأبانها.

وأما الجواب على استدلالهم توكيد حرمتها، وحظر مخالفتها، فهو أنه لا حرمة لهذه اليمين لحظرها وتحريمها، ولأن الحظر إنما توجه إلى التلفظ بها، فلم يبق للحظر، والتحريم حرمة من الالتزام والتكفير.

وأما الجواب عن استدلالهم بتغليظ البراءة من الله، فهو أن البراءة من الله كفر، ولا يجب بالكفر تكفير كالمرتد، والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٤٨)، والنسائي (٤٣٤٢)، وابن حبان (٤٣٤٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٨٢٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)، والحاكم (١/ ١٨، ١٢٥).

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأَكْرَهُ الأَيْمَانُ عَلَى كُلِّ حَالٍ إِلَّا فِيمَا كَانَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ طَاعَةً وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا فَالاخْتِيَارُ أَنْ يَأْتِي الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَيُكَفِّرُ لأَمْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِذَلِكَ».

قال في الحاوي: اعلم أن الأيمان بالله ضربان:

أحدهما: ما كان على ماض والكلام فيه يأتي.

والثاني: ما كان على فعل مستقبل، وهو على خمسة أقسام:

أحدها: ما كان عقدها، والمقام عليها طاعة، وحلها والحنث فيها معصية، وهو أن يحلف على فعل الواجبات كقوله: والله لأصلين فرضي؟ ولأزكين مالي، ولأصومن شهر رمضان، ولأحجن البيت الحرام، فعقدها والمقام عليها طاعة، لأنها تأكيد لفعل ما فرضه الله تعالى عليه، وحلها والحنث فيها بأن لا يصلي ولا يزكي، ولا يصوم، ولا يحج معصية، لأنه ترك لمفروض، وهكذا لو حلف أن لا يفعل محظوراً محرماً كقوله. والله لا زنيت ولا سرقت ولا قتلت ولا شربت خمراً ولا قذفت محصناً، كان عقدها باجتناب هذه المعاصي طاعة، وحلها بارتكاب هذه المعاصي معصية.

والثاني: ما كان عقدها والمقام عليها معصية، وحلها والحنث فيها طاعة، وهو قوله: والله لا صليت ولا زكيت ولا صمت ولا حججت، فعقدها، والمقام عليها بأن لا يصلي ولا يزكي معصية، لأنه ترك فيها مفروضاً عليه، وجلها والحنث فيها بأن يصلي ويزكي طاعة؛ لأنه فعل مفروضاً عليه.

وهكذا لو حلف على فعل المحظورات فقال: والله لأزنين ولأشربن خمراً ولأسرفن ولأقتلن كان عقدها والمقام عليها بالزنا والسرقة وغير ذلك معصية، وحلها والحنث فيها طاعة بأن لا يزني ولا يشرب.

والثالث: ما كان عقدها والمقام عليها مستحباً، وحلها والحنث فيها مكروهاً وهو قوله: والله لأصلين النوافل، ولأتطوعن بالصدقة، ولأصومن الأيام البيض، ولأنفقن على الأقارب، وما أشبه ذلك من الخيرات فعقدها والمقام عليها بفعل ذلك مستحب، وحلها والحنث فيها بترك ذلك مكروه.

والرابع: ما كان عقدها والمقام عليها مكروهاً وحلها والحنث فيها مستحباً، وهو عكس ما قدمناه فيقول: والله لا صليت نافلة، ولا تطوعت بصدقة ولا صيام، ولا أنفقت على ذي قرابة، ولا عدت مريضاً، ولا شيعت جنازة فعقدها والمقام عليها مكروه، وحلها والحنث فيها بفعل ذلك مستحب، قد خلف أبو بكر أن لا يبرأ مسطح، وكان ابن خالته

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٣).

لأنه تكلم في الإفك، فأنزل الله تعالى فيه:

﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ أَن يُؤْتُوٓاْ أُوْلِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النور: ٢٢] إلى قوله: ﴿أَلَا تُحِبُّونَ أَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٢] فقال أبو بكر: بلى يا رب، فبره وكفر.

والخامس: أن يحلف على فعله مباح وتركه مباح، كقوله: والله لا دخلت هذه الدار ولا لبست هذا الثوب، ولا أكلت هذا الطعام فعقدها ليس بمستحب واختلف أصحابنا هل هو مباح أو مكروه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن عقدها مباح، وحلها مباح، لانعقادها على ما فعله مباح، وتركه مباح.

والثاني: وهو ظاهر كلامه ها هنا، أن عقدها مكروه، وحلها مكروه؛ لأنه قال: وأكره الأيمان على كل حال، فيكون عقدها مكروهاً؛ لأنه ربما عجز عن الوفاء بها، وحلها مكروه؛ لأنه جعل الله عرضة بيمينه وقد نهاه عنه.

فصل:

فإذا تقرر هذا، وحلف على أحد هذه الأقسام الخمسة، فلا يخلو حاله فيها أن يبرأ أو يحنث فإن بر فلا كفارة عليه سواء كان يره فيها طاعة أو معصية، ذهب بعض إلى وجوب الكفارة عليه بعقد اليمين وإن لم يحنث فيها وهو قول عائشة والحسن وقتادة تعلقا بقول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فعلق الكفارة باليمين دون الحنث.

والدليل على الفساد هذا القول ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «والله لأغزون قريشاً» فغزاهم ولم يكفر، وقوله: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]. يعني: وحنثتم، كما قال: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]. أي: فأفطرتم، فعدّة من أيام أخر، فحذف ذلك لدلالة الكلام عليه، وإن حنث في يمينه وجبت الكفارة عليه، سواء كان حنثه طاعة أو معصية.

وذهب الشعبي وسعيد بن جبير إلى أنه لا كفارة في حنث الطاعة، وإنما تجب في حنث المعصية، لأن فعل الطاعة مأمور به، وغير آثم فيه، فلم يحتج إلى تكفير كالقتل، إن أثم به كفر، وإن لم يأثم به لم يكفر، وهذا خطأ، لقول النبي ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»[(١)] وليس يمتنع أن يكفر في فعل الطاعة كالمحرم إذا اضطر إلى أكل الصيد كان مطيعاً في قتله، وعليه أن يكفر بالجزاء، وكالقاتل الخطأ ليس يأثم، وعليه الكفارة.

---

(١) تقدم تخريجه.

فصل:

فإذا ثبت وجوب الكفارة في حنث الطاعة والمعصية، فالظاهر من مذهب الشافعي، وهو قول أبي حنيفة أن الكفارة وجبت في الحنث وحده لتعلقها بحل ما عقده، كما قال الله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التحْريم: ٢] وقال بعض أصحابنا: أنها تجب باليمين والحنث كالزكاة تجب بالنصاب والحول؛ لأن الحنث لا يكون إلا بعقد اليمين.

والأصح عندي من إطلاق هذين المذهبين أن يعتبر حال اليمين، فإن كان عقدها طاعة وحلها معصية وجبت باليمين والحنث؛ لأن التفكير بالمعصية أخص، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَقَدْ كَانَ كَذَا وَلَمْ يَكُنْ أَثِمَ وَكَفَّرَ وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ أَن يُؤْتُوٓاْ أُوْلِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النُّور: ٢٢] **نَزَلَتْ فِي رَجُلٍ حَلَفَ لاَ يَنْفَعُ رَجُلاً فَأَمَرَهُ اللَّهُ أَنْ يَنْفَعَهُ وَبِقَولِ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ فِي الظِّهَارِ** ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجَادلة: ٢] **ثُمَّ جَعَلَ فِيهِ الكَفَارَة وَبِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ» فَقَدْ أَمَرَهُ بِالحِنْثِ عَامِداً وَبِالتَّكْفِيرِ وَدَلَّ إِجْمَاعُهُمْ أَنَّ مَنْ حَلَفَ فِي الإِحْرَامِ عَمْداً أَوْ خَطَأً أَوْ قَتَلَ صَيْداً عَمْداً أَوْ أَخْطَأَ فِي الكَفَّارَة سَوَاءٌ عَلَى أَنَّ الحَلِفِ بَاللَّهِ وَقَتْلِ المُؤْمِنِ عَمْداً أَوْ خَطَأً في الكَفَّارَةِ سَوَاءٌ».**

قال في الحاوي: قد مضى اليمين على الفعل المستقبل، فأما اليمين على الفعل الماضي فضربان:

أحدهما: أن يكون على إثبات كقوله: والله لقد فعلت كذا.

والثاني: أن يكون على نفي كقوله: والله ما فعلت كذا، فلا يخلو أن يكون فيها صادقاً أو كاذباً، فإن كان صادقاً قد فعل ما أثبت وترك ما نفي فلا كفارة عليه؛ لأنها يمين بره، وإن كان كاذباً؛ لأنه لم يفعل ما أثبته وفعل ما نفاه، فقال: والله لقد أكلت، ولم يأكل، أو قال: والله ما أكلت وقد أكل، فهو في هذه اليمين عاص آثم، وتسمى اليمين الغموس؛ لأنها تغمس الحالف بها في المعاصي، وقيل: في النار.

واختلف الفقهاء هل يجب بها الكفارة أم لا؟ فمذهب الشافعي، أن الكفارة فيها واجبة، ووجوبها مقترن بعقدها، وهو قول عطاء، والحكم والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة: لا تجب به الكفارة وبه قال مالك، وسفيان الثوري، والليث بن سعد وأحمد وإسحاق استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾ [المَائدة: ٨٩]. ومنه دليلان:

أحدهما: أن اليمين الغموس هي اللغو، والعفو عنها متوجه إلى الكفارة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٣، ٢٢٤).

والثاني: أن قوله: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩]. وعقد اليمين ما التزم فعلاً مستقبلاً يتردد بين حنث وبر، فخرجت اليمين الغموس من الأيمان المعقودة، فلم يلزم بها كفارة، ثم ختم الآية بقوله: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] يعني في المستقبل، من الحنث.

واستدلوا بما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «من حلف يميناً فاجرة ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان»(١).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «اليمين الغموس تدع الديار بلاقع من أهلها»(٢) فأخبر بحكمها ولم يوجب الكفارة فيها.

والقياس أنها يمين على ماض فلم تجب بها كفارة كاللغو.

ولأنها يمين محظورة، فلم تجب بها كفارة كاليمين بالمخلوقات.

قالوا: ولأن اقتران اليمين بالحنث يمنع من انعقادها؛ لأن حدوثه فيها يدفع عقدها كالرضاع لما رفع النكاح إذا طرأ منها انعقاده إذا تقدم.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] بعد صفة الكفارة، فاقتضى الظاهر لزومها في كل يمين، وقال تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] ولغو اليمين ما سبق به لسان الحالف من غير قصد ولا نية، واليمين الغموس مقصودة، فكان بها مؤاخذاً ومؤاخذته بها توجب تكفيرها، فإن منعوا من تسمية الغموس يميناً بطل منعهم بقول الله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا وَلَقَدْ قَالُوا كَلِمَةَ الْكُفْرِ﴾ [التوبة: ٧٤] وقال تعالى: ﴿وَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنكُمْ وَمَا هُم مِّنكُمْ﴾ [التوبة: ٥٦].

ومن القياس: أنها يمين بالله تعالى قصدها مختاراً، فوجب إذا خالفها بفعله أن تلزمه الكفارة كالمستقبل ولأنه أحد نوعي اليمين، فوجب أن ينقسم إلى بر وحنث كالمستقبل؛ ولأن كل ما كان في غير اليمين كذباً كان في اليمين حنثاً كالمستقبل؛ ولأنها يمين تتعلق بالحنث المستقبل، فوجب أن تتعلق بالحنث الماضي كاليمين بالطلاق والعتاق؛ لأنه لو حلف بالطلاق والعتاق لقد دخل الدار، ولم يدخلها لزمه الطلاق والعتاق.

وكما لو حلف ليدخلها في المستقبل، فلم يدخلها وهذا وفاقاً كذلك في اليمين بالله؛ ولأن وجوب الكفارة في الأيمان أعم في المأثم، لأنها قد تجب فيما يأثم به ولا يأثم، فلما لحقه المأثم في الغموس كان بوجوب الكفارة أولى.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] فهو أن لغو اليمين ما لم يقصد منها على ما سنذكره، فأما المقصود بالعقد فخارج عن حكم اللغو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٨٧٠).

وهو المعقود عليه من أيمانه وهو من كسب قلب المأخوذ بإثمه كما قال تعالى: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٥] ولئن كانت اليمين المستقبلة تتردد بين بر وحنث، فالغموس مترددة بين صدق وكذب، فصارت ذات حالين كالمستقبلة، وإن اختلفت الحالتان.

ألا تراه لو حلف ليصعدن السماء وليشربن ماء البحر حنث لوقته. وإن لم يتردد يمينه بين حنث وبر، وكذلك لو حلف ليقتلن زيداً، وكان زيد قد مات حنث، ولزمته الكفارة، وإن لم يتردد يمينه بين بر وحنث وكذب، لأنها مقصودة كذلك يمين الغموس في الماضي.

فأما قوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المَائدة: ٨٩] فحفظها قبل اليمين أن لا يحلف وبعد اليمين أن لا يحنث، كما قال الشاعر:

قليل الألا يا حافظ لعهده وإن بدرت منه الألية برت

وأما الجواب عن الخبرين فمن وجهين:

أحدهما: أن الإمساك عن الكفارة فيها اكتفاء بما ورد به القرآن من وجوبها.

والثاني: أن المقصود بها حكم الآخرة، والكفارة من أحكام الدنيا.

وأما الجواب عن قياسهم على لغو اليمين فهو أن لغو اليمين غير مقصودة فخرج عن اليمين المقصودة.

وأما الجواب عن قياسهم على اليمين بالمخلوقات فهو أنه لا يلزم في جنسها كفارة فخالفت الأيمان بالله.

وما الجواب عن قياسهم على النكاح، فهو أنه منتقض بيمينه أن يصعد السماء ثم المعنى في النكاح أن مقصوده الاستمتاع والاستباحة، فإذا امتنع في النكاح بطل ومقصود اليمين وجوب الكفارة في الحنث وسقوطها في البر، وهذا موجود في المستقبل والماضي.

فصل:

فإذا ثبت وجوب الكفارة في اليمين الغموس على الماضي في إثبات ما لم يكن، أو نفي ما قد كان، فهي يمين محلولة غير منعقدة، لأن عقدها إنما يكون فيما ينتظر بعدها من بر أو حنث، وهذه اليمين قد اقترن بها الحنث بعد استيفاء لفظها، فلذلك لم تنعقد، ووجبت الكفارة باستيفاء اليمين.

فصل:

يمين الكافر منعقدة يتعلق بها الحنث، وتجب بها الكفارة كالمسلم سواء حنث في حال كفره أو بعد إسلامه، لكنه إن كفر في حال كفره كفر بالمال من إطعام أو كسوة أو عتق، ولم يكفر بالصيام فإن أسلم قبل التكفير جاز أن يكفر بالصيام كالمسلم.

وقال أبو حنيفة: يمين الكافر غير منعقدة، ولا كفارة عليه إذا حنث، استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الإسلام يجبّ ما قبله»[1] فكان على عمومه؛ ولأن الكفارة لا تصح منه؛ لافتقارها إلى النية ما بدليل أنها عبادة تفتقر إلى النية، فلم تصح من الكافر كالصيام والقيام.

ولأن الإطعام والكسوة موجبة التكفير، فوجب أن لا يصح من الكافر كالصيام.

ولأن من لم يصح منه التكفير بالصيام لم يصح منه التكفير بالمال كالصبي والمجنون.

وإذا ثبت بهذه المعاني الثلاثة أن التكفير لا يصح منه وجب أن لا تنعقد يمينه ولا تجب عليه فيها كفارة لأمرين:

أحدهما: أن موجب اليمين الكفارة، فإذا لم تصح منه لم تجب عليه كالزكاة.

والثاني: أن من لم يصح تكفيره لم تنعقد يمينه كالصبي والمجنون.

ودليلنا عموم قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية فاقتضى ظاهر العموم استواء المسلم والكافر في وجوبه.

ومن القياس: أن كل من صحت يمينه في الدعاوى انعقدت من غير الدعاوى كالمسلم؛ ولأن كل يمين صحت من المسلم صحت من الكافر كاليمين بالطلاق والعتاق؛ ولأن كل من صحت يمينه بالطلاق والعتاق صحت يمينه بالله كالمسلم؛ ولأن كل من صحت يمينه بالله في الإيلاء صحت يمينه بالله في غير الإيلاء كالمسلم.

فإن قيل: إنما صحت يمينه في الإيلاء وبالطلاق والعتاق؛ لأنه يصح منه موجبه من الطلاق والعتق، ولم يصح منه موجب اليمين بالله تعالى في التكفير، فلم تصح منه اليمين بالله تعالى.

قيل: موجب اليمين هو الوفاء بها، والكفارة حكم تعلق بالحنث، فلم يمنع من انعقاد اليمين، وإن أفضت إلى التكفير الذي لا يصح منه، ألا ترى أن الكافر لو دخل الحرم فقتل فيه صيداً ضمنه بالجزاء، وإن افتقر إخراج الجزاء إلى نية لم يصح من الكافر، ولم يسقط عنه الجزاء.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «الإسلام يجبّ ما قبله» فمن وجهين:

أحدهما: أن الخبر يقتضي إسقاط ما وجب، وعندهم أنه لم يجب ما يسقط

والثاني: أنه محمول على سقوط المأثم دون المغرم.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن التكفير بالمال لا يصح منه كالصيام، فهو أن

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

الصيام عبادة محضة، فلم تصح من الكافر كالصلاة والمال حق يتصرف إلى الآدميين، فصح من الكافر، وإن استحقت فيه النية كجزاء الصيد في الحرم، ولا يمنع إذا لم يصح منه أحد أنواع التكفير أن تجب عليه الكفارة، ألا ترى أن الحائض لا يصح منها التكفير بالصيام، وتصح منها التكفير بالمال، والعبد لا يصح منه التكفير بالمال، ويصح منه التكفير بالصيام، والمجنون إنما لا يصح منه التكفير بالمال والصيام؛ لأنه غير مكلف، والكافر مكلف، فلذلك انعقدت يمين الكافر، وإن لم تنعقد يمين المجنون.

وأما الزكاة: فلأنها فرضت على المسلم طهرة، فخرج منها الكافر، ولزمته الكفارة عقوبة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ فَإِنْ كَانَ يَعْنِي حَلَفْتُ قَدِيماً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ حَادِثَةٍ وَإِنْ أَرَادَ بِهَا يَمِيناً فَهِيَ يَمِينٌ».

قال في الحاوي: قوله: «أقسمت بالله»، يحتمل أمرين أن يكون يميناً في الحال أو يكون إخباراً عن يمين ماضية، وإذا احتمل هذين الأمرين لم يخل حاله من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد يميناً في الحال فتكون يميناً منعقدة، كما قال تعالى: ﴿أَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [المائدة: ٥٣].

والثانية: أن يقوله مطلقاً لم تقترن به إرادة، فتكون يميناً؛ لأنه قد اقترن بإطلاقها عرفان، عرف شرع وعرف استعمال. فعرف الشرع ما قدمناه من الآية وعرف الاستعمال قولهم في أيمانهم: أقسمت بالله لأفعلن كذا، فوجب أن يكون إطلاقه محمولاً على العرفين من انعقاد اليمين ولزوم الكفارة.

والثالثة: أن يريد به يميناً حلف بها منعقدة، فإن علم تقدم يمينه كان العلم بها موافقاً لإرادته، فلا تنعقد يمينه في الحال، وإن لم تعلم له يمين متقدمة، فقد قال في كتاب الأيمان «لا تكون يميناً» لاحتمال ما قال في كتاب الإيلاء: تكون يميناً منعقدة اعتباراً بعرف الشرع والاستعمال، فاختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: الجمع بين الجوابين وتخريجه في اليمين والإيلاء على قولين:

أحدهما: تنعقد في الأيمان والإيلاء.

والثاني: لا تنعقد في الأيمان والإيلاء.

والثاني: حمل الجواب على ظاهره في الموضعين فيلزم في الإيلاء ولا يلزم في الأيمان لأن في الإيلاء حقاً لآدميين، فلم يسقط بإرادته، وهو في الأيمان من حقوق الله تعالى المحضة، فجاز أن يدين فيه على إرادته.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ أُقْسِمُ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. إذا لم يذكر اسم الله تعالى، واقتصر على قوله: أقسم لا فعلت كذا، فقد اختلف الفقهاء في انعقاده يميناً على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها لا تكون يميناً سواء أراد اليمين أو لم يردها.

والثاني: ما قاله أبو حنيفة: تكون يميناً أراد اليمين أو لم يردها.

والثالث: ما قاله مالك: إن أراد اليمين كانت يميناً، وإن لم يرد اليمين لم تكن يميناً، وهكذا. لو قال: أحلف لأفعلن كذا، فهو على هذا الخلاف، وكذلك لو قال: أشهد لأفعلن كذا كان على هذا الخلاف، فمذهب الشافعي في جميعه أنها لا تكون يميناً حتى يقرنه باسم الله تعالى، فيقول: أقسم بالله أو أشهد بالله، واستدل من جعله يميناً بقول الله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ [القَلَم: ١٧]. فدل على أن أقسمت يمين منعقدة، وقال تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافِقون: ١]. ثم قال: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافِقون: ٢]. فدل على أن «أشهد» يمين لازمة.

وروى راشد بن ربيعة عن عائشة رضي الله عنها قال: أهدت لنا امرأة طبقاً فيه تمر، فأكلت منه عائشة، وأبقت فيه تميرات، فقالت المرأة: أقسمت عليك إلا أكلتيه.

فقال رسول الله ﷺ: «بريها، فإن الإثم على المحنث»(٢) فجعلها يميناً ذات بر وحنث.

وروي عن عبد الله بن صفوان أنه أتى بأبيه إلى رسول الله ﷺ ليبايعه فامتنع عليه، وقال: «لا هجرة بعد الفتح»(٣). فقال له العباس: الآن بررت قسمي، فسماه قسماً، ولأن عرف القسم في الشرع والاستعمال يكون بالله تعالى دون غيره، فوجب أن يكون إطلاقه محمولاً على العرفين فيه.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النُّور: ٦]. واللعان يمين لقول النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» فدل على أن مطلق الشهادة لا يكون يميناً حتى تقترن بذكر الله.

ومن القياس أنه لفظ عري عن أسم وصفته فوجب أن لا تنعقد به يمين توجب الكفارة.

أصله إذا قال: أولى لأفعلن هذا، لأن الألية، والقسم واحد، وقياساً عليه إذا حلف بغير الله من المخلوقات، ولأن اليمين المكفرة إذا كانت بلفظ معظم له حرمة فإذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ١١٨)، وأحمد (٦/ ١١٤)، والدارقطني (٤/ ١٤٣).

(٣) تقدم تخريجه.

تجرد القسم عن ذكر الله سقطت حرمته، فسقطت كفارته.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ [القلم: ١٧]. فهو أنه إخبار عن القسم، وليس فيه دليل على صفة القسم، كما لو قيل: حلف فلان لم يكن فيه دليل على ما حلف به.

وأما الجواب عن الخبرين فمن وجهين:

أحدهما: ما ذكرناه.

والثاني: يجوز أن يكون قد حذف ذكر الله منه اقتصاراً على العرف فيه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن إطلاقه محمول على العرفين فيه، فهو أن العرف من القسم أنه يمين لكن قد يكون بالله تارة وبغير الله أخرى، كما لو قال: حلفت، يجوز أن يريد بالله، ويجوز أن يريد بالطلاق والعتاق، وبما لا تنعقد من المخلوقات، فلم يجز أن يضاف القسم إلى الله تعالى دون غيره والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ أُقْسِمُ بِاللَّهِ فَإِنْ أَرَادَ بِهَا يَمِيناً فَهِيَ يَمِينٌ وَإِنْ أَرَادَ بِهَا مَوْعِداً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ كَقَوْلِهِ سَأَحْلِفُ. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي الإِمْلَاءِ هِيَ يَمِينٌ».

قال في الحاوي: أما قوله: «أقسم بالله» فيحتمل أمرين:

أحدهما: أن يريد بها يميناً في الحال.

والثاني: أن يريد أنه سيقسم يميناً في المستقبل فصار احتمالهما لهذين الأمرين كاحتمال قوله: أقسمت بالله، لأمرين، وإن اختلفا في صفة الاحتمال، لأن الاحتمال في أقسمت ليمين ماضية وفي قوله: «أقسم» ليمين مستقبلة، فيكون الحكم معتبراً بأحواله الثلاثة:

أحدها: أن يريد بها عقد يمين في الحال، فتنعقد يمينه.

والثاني: أن تكون مطلقة، فيعقد يمينه اعتباراً في الإطلاق بعرف الشرع والاستعمال. قال الله تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا﴾ [المائدة: ١٠٧].

والثالثة: أن يريد بها موعداً في يمين مستقبلة، فالمنصوص عليه من الأيمان أنها لا تكون يميناً حملاً على إرادته في الموعد، والمنصوص عليه في الإيلاء أنها تكون يميناً في الحال، فخرجه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: حمل ذلك في اليمين والإيلاء على قولين:

والثاني: حمل الجواب على ظاهره في الموضعين للفرق بينهما بما قدمناه، والله أعلم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ لَعَمْرُ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ يُرِدْ بِهَا يَمِيناً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ».

قال في الحاوي: لا يخلو حاله إذا قال: لعمر الله لأفعلن كذا من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد به اليمين، فتكون يميناً مكفرة؛ لأن للناس في معناه ثلاثة أوجه:

أحدها: معناه علم الله، قال قتادة.

والثاني: بقاء الله ويشبه أن يكون قول ابن عباس.

والثالث: وحق الله وأي هذه المعاني كان فهو من صفات ذاته.

والثانية: أن لا يريد يميناً فلا تكون يميناً.

وقال أبو حنيفة: تكون يميناً وإن لم يردها لأنه من صفات ذاته.

ودليلنا هو أن لفظة قد صار في العرف مستعملاً في غير الأيمان مثل قولهم: لعمري لقد كان كذا ومن قول الشاعر:

لعمرك ما يدري امرؤ كيف يتقي ... نوائب هذا الدهر أم كيف يحذر

فجاز أن يكون محمولاً على العرف بالإرادة، فلا تكون يميناً لخروجه عن حكم الصفات المحضة.

والثالثة: أن يطلقه، ولا تكون له فيه إرادة، ففيه وجهان:

أحدهما: تكون يميناً لما اقترن به من عرف الشرع في قوله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴿٧٢﴾﴾ [الحجر: ٧٢].

والثاني: أن لا تكون يميناً لأن عرف الاستعمال فيه مشترك، وعرف الشرع فيه محتمل، لأن قوله: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴿٧٢﴾﴾ [الحجر: ٧٢] قسم من الله تعالى برسوله، وأقسام الله تعالى مخالفة لأقسام عبادة، لجواز قسمه بالمخلوقات التي لا يجوز أن يقسمه بها المخلوقون.

فصل:

فأما قوله: وأيم الله، وأيمن الله، فإن أراد به يميناً كان يميناً لما روي عن النبي ﷺ: أنه قال في أسامة بن زيد: «وأيم الله إنه لخليق بالإمارة»[٢] وإن لم يرد به يميناً، أو لم تكن له إرادة لم تكن يميناً، لأن العرف في قولهم: لعمر الله، أكثر استعمالاً من قولهم، وأيم الله.

وقال أبو حنيفة: هما سواء في الأحوال كلها يمين مع وجود الإرادة وعدمها.

وأما قوله: لاها الله. فإن أراد به يميناً، فهو يمين لما روي عن أبي بكر رضي الله

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ١٦٠)، وابن أبي شيبة (١٢/ ١٣٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٦٥٩٨).

عنه أنه قال بمشهد رسول الله ﷺ في قتيل أبي قتادة حين أخذ سلبه غيره: لاها الله إذن تعمد إلى أسد من أسد الله يعطيك سلبه، فكانت يميناً وإن لم يرد اليمين، أو لم تكن له إرادة، فليس بيمين لعدم عرف الشرع والاستعمال فيه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ حَقِّ اللَّهِ أَوْ وَعَظَمَتِهِ أَوْ وَجَلَالِ اللَّهِ أَوْ وَقُدْرَةِ اللَّهِ فَذَلِكَ كُلُّهُ يَمِينٌ نَوَى بِهَا يَمِيناً أَوْ لَا نِيَّةَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُرِدْ يَمِيناً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَقُولَ: وَحَقِّ اللَّهِ وَاجِبٌ وَقُدْرَةُ اللَّهِ مَاضِيَةٌ لَا أَنَّهُ يَمِينٌ».

قال في الحاوي: ذكر الشافعي ها هنا إذا حلف بأربعة أشياء بـ «حق الله» و«عظمة الله»، و«جلال الله»، و«قدرة الله».

فأما عظمة الله وجلال الله فهو يمين في الأحوال الثلاثة، سواء أراد به اليمين أو لم يرد لأنها من صفات ذاته المحضة، فلم يعتبر فيها عرف شرع ولا استعمال وإن كان عرف الاستعمال فيها موجوداً، وإنما يعتبر العرفان فيما كان من الصفات محتملاً، ولا يعتبر فيما زال عنه الاحتمال.

وأما قوله: وحق الله، وقدرة الله، فتكون يميناً في حالتين من ثلاث إذا أراد اليمين وإذا أطلق. وقال أبو حنيفة إذا قال: وحق الله لا تكون يميناً في الأحوال كلها سواء أراد به اليمين أو لم يرد، لأن حقوق الله تعالى فروضه وعباداته، لرواية عبادة ابن الصامت قال: قلت يا رسول الله؟ ما حق الله على عباده؟ فقال: «أن لا تشركوا به شيئاً وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة». ودليلنا شيئان:

أحدهما: أنها يمين معتادة بصفة عامة أضيفت إلى الله تعالى، فوجب أن تكون يميناً كصفات ذاته من العظمة والعزة.

والثاني: أنها يمين مستحقة من صفات ذاته، فجرى عليها حكم صفات الذوات.

وأما الخبر فلا دليل فيه، لأنه بين بعض حقوقه، وقد تحتمل العبادات، وتحتمل صفات الذات، فجاز أن تعتبر فيه الإرادة بحمله على أحدهما.

وأما إذا أراد غير اليمين، فقد قال الشافعي: «يعمل على إرادته» فلا تكون يميناً لما علل به من جواز أن يريد. وحق الله واجب وقدرة الله ماضية، فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا تكون يميناً على ما أجاب به الشافعي، وعلل به.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، أنه لا تكون يميناً في حقوق الله تعالى، وتكون يميناً في حقوق الآدميين.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

والثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا تكون يميناً بالإرادة إذا عزاه إلى أمر محتمل، وتكون يميناً إذا لم يعزه إلى أمر محتمل.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ بِاللَّهِ أَوْ تَاللَّهِ فَهِيَ يَمِينٌ نَوى أَوْ لَمْ يَنْوِ. وَقَالَ فِي الإِمْلاءِ: تَاللَّهِ يَمِينٌ وَقَالَ فِي القَسَامَةِ لَيْسَتْ بِيَمِينٍ قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَدْ حَكَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَمِينَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُم بَعْدَ أَن تُوَلُّوا مُدْبِرِينَ ﴿٥٧﴾﴾ [الأنبياء: ٥٧].

قال في الحاوي: اعلم أن حروف القسم ثلاثة: الواو وهي أصلها، ثم الياء، ثم التاء، فأما الواو فقوله: والله، وهو الحرف الصريح في القسم، فإذا قال: والله كان حالفاً، لا يرجع إلى إرادته في ظاهر ولا باطن، ولا يلزمه حكم اليمين في حقوق الله وحقوق الآدميين، وأما التاء المعجمة من تحت. فقوله: بالله، وفيها بعض الاحتمال، لأنه مع غالب الأحوال في القسم يحتمل أن يريد: بالله أستعين وبالله أتق، وبالله أومن، فإذا أراد به القسم، أو قال مطلقاً كان يميناً في الظاهر والباطن في حقوق الله وحقوق الآدميين، وإن لم يرد به القسم، وأراد ما ذكرنا من احتماله دين في الباطن حملاً على ما نواه ولم تلزمه الكفارة، وكان حالفاً في الظاهر، اعتباراً بالغالب من حال الظاهر، ولزمه حكم اليمين كما لو قال لزوجته أنت طالق، وأراد من وثاق دين في الباطن وكان طلاقاً في الظاهر.

وأما التاء المعجمة من فوق، فقوله: تالله، فمنصوص الشافعي في الأيمان والإيلاء أنها يمين، لأن الشرع قد ورد بها، قال الله تعالى: ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧]. ﴿قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ ءَاثَرَكَ اللَّهُ عَلَيْنَا﴾ [يوسف: ٩١]. ونقل المزني عن الشافعي في القسامة: وتالله ليست بيمين فاختلف أصحابنا في تخريج ما نقله في القسامة على وجهين:

أحدهما: أنه ليس بصحيح، وقد وهم فيه، وإنما قال الشافعي: «بالله ليست بيمين» بالباء معجمة من تحت، وقد ذكر الشافعي في تعليله ما يدل على هذا، فقال: لأنه دعاء، فعلى هذا تكون تالله يميناً قولاً واحداً.

والثاني: أن نقل المزني صحيح، لضبطه في نقله، فعلى هذا اختلف أصحابنا مع صحة النقل في كيفية تخريجه على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه تخريج قول ثان، فيكون على قولين لاختلاف النقل فيه.

أحدهما: وهو مذهب أبي حنيفة أن تكون يميناً في المواضع كلها من غير أن تعتبر فيه إرادة؛ لأن عرف الشرع بها وارد؛ ولأن التاء في القسم بدل من الواو، فقامت مقامها في الحكم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

والثاني: أنها ليست بيمين في المواضع كلها إلا أن يريد بها يميناً، فتصير بالإرادة يميناً لخروجها عن عرف الاستعمال والتباسها على أكثر الناس، والأيمان مختصة بما كان في العرف مستعملاً، وعند عامة الناس مشتهراً، فهذا وجه:

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها تكون يميناً في خواص الناس الذين يعرفون أن التاء من حروف القسم ولا تكون في العامة الذين لا يعرفون ذلك إلا بالإرادة والنية، كما أن العربي إذا حلف بالأعجمية تكون يميناً إذا عرفها، ولا تكون يميناً إن لم يعرفها، وكذا الأعجمي إذا حلف بالعربية.

والثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تكون يميناً في التغليظ عليه، ولا تكون يميناً في التخفيف عنه، فلا يجعلها يميناً في القسامة؛ لأنه يثبت بها لنفسه حقاً، ويجعلها يميناً في الإيلاء؛ لأنه يثبت بها على نفسه حقاً.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - قَالَ المُزَنِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ قَالَ اللَّهُ لأَفْعَلَنَّ فَهَذَا ابْتِدَاءُ كَلَامٍ لَا يَمِينٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِهَا».

قال في الحاوي: إذا حذف من اسم الله حرف القسم، فقال: الله لأفعلن كذا، لم يكن يميناً؛ لأنه بحذف حروف القسم الموضوعة لليمين يصير ابتداء كلام، واستفتاح خطاب يخرج عن عرف الأيمان في الاستعمال والشرع.

فإن قيل: فقد ورد به عرف الشرع، فقد اختلف رسول الله ﷺ ركانة بن عبد يزيد حين طلق امرأته البتة، وذكر أنه أراد واحدة فقال: «الله إنك أردت واحدة»؟ فقال: الله إني أردت واحدة، وأحلف ابن مسعود حين أخبره أنه قتل أبا جهل، فقال: «الله إنك قتلته»، فقال: الله إني قتلته. فالجواب عنه أن النبي ﷺ قصد اليمين بإحلافهما والنية عندنا في الأيمان نية المستحلف دون الحالف، ولو كان الحالف نوى اليمين، وأرادها مع حذف حرف القسم كانت يميناً لما ذكرناه من إحلاف ركانة وابن مسعود، فتصير غير يمين في حالتين إذا لم يرد وإذا أطلق، ويميناً في حالة واحدة إذا أراد.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ أَشْهَدُ بِاللَّهِ فَإِنْ نَوَى اليَمِينَ فَهِيَ يَمِينٌ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ يَمِيناً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ لأَنَّهَا تَحْتَمِلُ أَشْهَدُ بِأَمْرِ اللَّهِ وَلَوْ قَالَ أَشْهَدُ يَنْوِيهِ يَمِيناً لَمْ يَكُنْ يَمِيناً».

قال في الحاوي: وهو كما قال: وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قال: أشهد بالله، أو قال: أشهد أنها يمين لما اقترن بها من عرف الشرع في قوله الله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

﴿أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]. وقال: ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]. وإذا اقترن بها أحد العرفين صارت يميناً، ولا تكون الشهادة باللّه عند الشافعي يميناً قاطعة، لعلتين:

إحداهما: ما علل به الشافعي أنها تحتمل أشهد بأمر الله على وجه الشهادة بالأيمان بالله، فخرجت عن حكم ما لا يحتمل.

والثانية: ما علل به أبو إسحاق المروزي أنها ما كانت جارية في عرف الخاصة والعامة، والشهادة بما لا تعرفها العامة في الأيمان فزال عنها حكم اليمين. فأما استدلال أبي حنيفة بعرف الشرع، فقد قابله في حمله على شهادة الأيمان بالله عرف شرعي، فلم يكن أحد العرفين أولى من الآخر، فتعارضا، ورجع إلى إرادته، ولا يخلو حاله في قوله: أشهد بالله من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يريد بها غير يمين، فلا تكون يميناً، وهو الذي خالف فيه أبو حنيفة.

والثانية: أن يريد بها اليمين، فتكون يميناً بوفاق أبي حنيفة، لما وافقها من أحد الفريقين.

والثالثة: أن يطلق ولا تكون له فيها نية، فقد اختلف أصحابنا في هذا الإطلاق على وجهين:

أحدهما: أن إطلاقهما أن تكون يميناً لموافقة العرف الشرعي، ويكون جواب الشافعي في أنها ليست بيمين محمولاً على أنه لم يرد بها اليمين.

والثاني: أن إطلاقها يمنع من أن تكون يميناً لمخالفة عرف الاستعمال، ويكون جواب الشافعي في أنها ليست بيمين محمولاً على هذا الإطلاق.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَعْزِمُ بِاللَّهِ وَلَا نِيَّةَ لَهُ لَمْ يَكُنْ يَمِيناً لأَنَّ مَعْنَاهَا أَعْزِمُ بِقُدْرَةِ اللَّهِ أَوْ بِعَوْنِ اللَّهِ عَلَى كَذَا وَإِنْ أَرَادَ يَمِيناً فَهِيَ يَمِينٌ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، لأن قوله: أعزم بالله يحتمل الاستعانة بقوله، ومعونته على مقاصده تسليماً لأمره، وهو الأظهر، وإن احتمل أن يريد عزماً على اليمين بإضمار القسم، ولترددها بين احتمالين، أظهرهما أن تكون غير يمين، وأضعفهما أن تكون يميناً، لم يجعلها يميناً إذا نوى غير اليمين، ولا إذا أطلقها، لأنه لم يقترن بإطلاقها عرف الشرع ولا عرف الاستعمال، وجعلناها يميناً إذا نواها لما يحتملها من حكم اليمين فتصير يميناً في حالة واحدة وغير يمين في حالتين وجهاً واحداً، بخلاف الشهادة حيث احتملت في الإطلاق، ولما اقترن بها من عرف الشرع.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ أَسْأَلُكَ بِاللَّهِ أَوْ أَعْزِمُ عَلَيْكَ بِاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ فَإِنْ أَرَادَ الْمُسْتَحْلِفُ بِهَا يَمِيناً فَهِيَ يَمِينٌ وَإِنْ لَمْ يُرِدْ بِهَا شَيْئاً فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ».

قال في الحاوي: أما قوله لغيره: أسألك بالله، أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا. فله فيه أربعة أحوال:

أحدها: أن يريد يميناً لنفسه على فعل صاحبه، فتكون يميناً له معلقة بفعل غيره، فإن فعل ما قال بر الحالف، وإن لم يفعل حنث الحالف، ووجبت الكفارة على الحالف دون المحلوف عليه، وأوجبها أحمد بن حنبل على المحلوف عليه دون الحالف احتجاجاً برواية عكرمة عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف على أحد بيمين وهو يرى أنه سيبره فلم يفعل فإنما إثمه على الذي لم يبره». ودليلنا قول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، فجعل الكفارة على الحالف دون المحنث، وقد جاءت السنة بما يوافق هذا.

روى راشد بن سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: أهدت لنا امرأة طبقاً فيه تمر فأكلت منه عائشة، وأبقت تميرات، فقالت لها المرأة: أقسمت عليك إلا أكلتيه، فقال رسول الله ﷺ: «بريها؟ فإن الإثم على المحنث»[٢]، فجعل البر والحنث على الحالف والإثم على المحنث، وعلى هذا يحمل حديث أبي هريرة فيما احتج به أحمد.

فصل:

والثانية: أن يريد الحالف بيمينه يميناً يعقدها على المستحلف يلزمه برها وحنثها، فلا يكون يميناً للحالف؛ لأنه لم يردها، ولا تكون يميناً للمستحلف، لأنه لم يحلف بها؛ ولأنه لما لم تنعقد يمين المكره مع حلفه كانت يمين من لم يحلف أولى أن لا تنعقد.

والثالثة: أن يريد بها السؤال والطلب، ولا يقصد بها يميناً لنفسه ولا لصاحبه، فلا تكون يميناً بحال.

والرابعة: أن يطلقها، ولا تكون له نية فيها بيمين ولا غيره، فلا تكون يميناً، لا يختلف فيه مذهب الشافعي؛ لأنه لم يقترن بها عرف شرع ولا عرف استعمال، فخرجت عن حكم الأيمان.

مسألة[٣]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ عَلَيَّ عَهْدِ اللَّهِ وَمِيثَاقِهِ فَلَيْسَتْ بِيَمِينٍ إِلَّا أَنْ يَنْوِي يَمِيناً لأَنَّ لِلَّهِ عَلَيْهِ عَهْداً أَنْ يُؤَدِّي فَرَائِضَهُ وَكَذَلِكَ مِيثَاقُ اللَّهِ بِذَلِكَ وَأَمَانَتُهُ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٢٤).

قال في الحاوي: وهذا كما قال، وقال أبو حنيفة ومالك: إذا قال: على عهد الله أو قال: على ميثاق الله أو جمع بينهما، فقال: على عهد الله وميثاقه، كانا من صريح الأيمان، فيكون يميناً في الأحوال الثلاث لما فيها من زيادة التغليظ على الأيمان بالعهد والميثاق، وعلى مذهب الشافعي لا تكون يميناً إذا لم ينوها، لأن عهد الله وميثاقه.

يحتمل أن يكون ما أوجبه من فروض أو تؤدى إليه ويحتمل أن يريد به ما أخذه الله من الذرية في ظهور الآباء من الاعتراف به في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] ويحتمل أن يريد بها اليمين؟ فلما كان هنا يحتمل وجوهاً وجب أن يرجع فيه إلى نيته وإرادته، فإن أراد يميناً كانت يميناً، وإن أراد غير اليمين لم تكن يميناً، وإن لم تكن له إرادة وأطلق، ففي إطلاقه وجهان:

أحدهما: أن إطلاقه يخرجه عن اليمين لأنه لم يقترن به عرف شرع، وتكون غير يمين في حالتين، ويميناً في حالة واحدة.

والثاني: أن إطلاقه يوجب أن تكون يميناً؛ لأن عرف الاستعمال في الخاصة والعامة قد صار جارياً ومحمولاً بينهم على زيادة التغليظ كما يزيد في تغليظ الأيمان بالله الطالب الغالب وهذا قول أبي إسحاق المروزي، فتكون يميناً في حالتين، غير يمين في حالة واحدة، وإذا صار عهد الله وميثاقه يميناً، وقد جمع بينهما وحنث لزمته كفارة واحدة.

وقال مالك: تلزمه كفارتان لوجوبها بكل واحد منهما، فتضاعفت باجتماعهما، وهذا ليس بصحيح، لأنه يمين واحدة زادها تغليظاً، فلم تجب بها إلا كفارة واحدة كقوله: والله الطالب الغالب، والله أعلم بالصواب.

باب الاستثناء في الأيمان

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ حَلَفَ بِأَيِّ يَمِينٍ كَانَتْ ثُمَّ قَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مَوْصُولاً بِكَلَامِهِ فَقَد اسْتَثْنَى».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، الاستثناء بمشيئة الله في الأيمان والنذور يمنع من انعقادها وتسقط حكمها في الإثبات والنفي، سواء كانت اليمين بالله تعالى أو بالطلاق والعتق.

وقال مالك: يصح الاستثناء في اليمين بالله، ولا يصح في الطلاق والعتق والنذور، وقد مضى الكلام معه في كتاب الطلاق، ومن الدليل عليه رواية أيوب، عن نافع، عن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).

ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله فقد استثنى»[١] وروى طاوس عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال: «إن شاء الله لم يحنث»[٢] فكان على عمومه في كل يمين، ولأنه لما جاز تعليق جميع الأيمان من عتق، وطلاق، وغيره بالشروط والصفات، كان تعليقها بمشيئة الله تعالى أولى، ومشيئة الله غير معلومة فيها، فلم تنعقد، كما لو قال: والله لا دخلت الدار إن شاء زيد، أو قال لزوجته: أنت طالق إن شاء عمرو، أو قال لعبده: أنت حر إن شاء بكر، ولم تعلم مشيئتهم حتى ماتوا سقطت أحكام هذه كلها لعدم العلم بها.

فإن قيل: فإن الله تعالى يشاء العتق؟

قيل: قد يجوز أن يشاءه في الحال، ويجوز أن لا يشاءه وقد يجوز أن يشاء الطلاق؟ لأنه قد أباحه، والمباح داخل في مشيئته.

مسألة[٣]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالوَصْلُ أَنْ يَكُونَ الكَلَامُ نَسَقاً وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُ سَكْتَةٌ كَسَكْتَةِ الرَّجُلِ لِلتَّذَكُّرِ أَوْ العِيِّ أَوْ التَّنَفُّسِ أَوِ انْقِطَاعِ الصَّوْتِ فَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ وَالقَطْعُ أَنْ يَأْخُذَ فِي كَلَامٍ لَيْسَ مِنَ اليَمِينِ مِنْ أَمْرٍ أَوْ نَهْيٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ يَسْكُتَ السُّكُوتَ الَّذِي يُبَيِّنُ أَنَّهُ قَطَعَ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن الاستثناء في الأيمان كلها مانع من انعقادها، وهو جائز وليس بواجب، وذهب بعض أهل الظاهر على وجوب الاستثناء بمشيئة الله تعالى، احتجاجاً بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣-٢٤].

والدليل على أنه مخير في الاستثناء أن رسول الله ﷺ استثنى في يمينه تارة، ولم يستثن فيها أخرى، فقال: «والله لأغزون قريشاً إن شاء الله»[٤]، وآلى من نسائه شهراً، ولم يستثن.

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ: «كان يحلف بهذه اليمين لا ومقلب القلوب»[٥]. روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ كان إذا اجتهد في اليمين قال: «والذي نفس أبي القاسم بيده»[٦].

ولأن الاستثناء سبب يتوصل به إلى حل اليمين فلم يجب كالحنث.

فأما الآية فواردة على طريق الإرشاد والتأديب، أن لا يعزم على أمر إلا أن يقرنه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٦١)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي (٧/ ٢٥)، وابن ماجه (٢١٠٤)، وأحمد (٢/ ١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣١٦٢)، والترمذي (١٥٣٢)، والنسائي (٣٨٥٥)، وابن حبان (٤٣٢٦).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

بمشيئة الله تعالى في الأيمان، وغيرها ليكون بالله مستعيناً وإليه مفوضاً.

فصل:

فإذا ثبت جواز الاستثناء دون وجوبه، فلا تأثير لاستثنائه إلا أن يقوله موصولاً بكلامه، فإن انقطع عنه لم يكن له حكم، وحكي عن الحسن البصري، وعطاء أنه إن استثنى في مجلس يمينه صح، وإن استثنى بعد فراغه لم يصح. وعن ابن عباس روايتان:

إحداهما: أن الاستثناء يصح أبداً في طويل الزمان وقصيره.

والثانية: أن يصح إلى حين، والحين عنده سنة ولا يصح بعدها احتجاجاً بقول الله عز وجل: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] أي: اذكر الاستثناء إذا نسيته فعم الأمر من غير تحديد.

وروى عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، وسكت ثم قال: إن شاء الله»(١) فدل على جواز الاستثناء متصلاً أو منفصلاً.

والدليل على بطلان الاستثناء بعد انقطاعه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣-٢٤] فجعل الاستثناء على الفور دون التراخي، وقال رسول الله ﷺ: «من حلف فقال: إن شاء الله فقد استثنى»(٢)، فذكر الاستثناء بحرف الفاء الموجبة للتعقيب والفور.

ولأن عرف الناس في الكلام المنفصل أن يكون مخالفاً للكلام المتصل؟ ألا تراه لو قال لعبده: أنت حر وسكت، ثم قال بعد زمان: إن دخلت الدار، عتق بالكلام الأول، ولم يكن ما ذكره من دخول الدار شرطاً، ولو قال له علي عشرة دراهم وسكت ثم قال بعد وقت: إلا خمسة لم يكن ذلك استثناء ولزمته العشرة، لاستقرار حكم الكلام بالسكوت عليه، كذلك الاستثناء بمشيئة الله تعالى.

ولأنه لو صح الاستثناء بعد طويل الزمان أسقطت كفارات الأيمان باستثنائه قبل الحنث.

وأما قوله تعالى: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] فقد قال عكرمة معناه: واذكر ربك إذا غضبت ليزول عنك الغضب عند ذكره وأما الخبر فقد ذكر الساجي أنه مرسل ورواه عكرمة عن رسول الله ﷺ ولو صح جاز أن يكون محمولاً على سكوته لانقطاع النفس، أو قاله بعد تطاول الزمان استعانة بمشيئة الله على مقاصده وإن لم يجعله استثناء في يمينه؟ لأنه قد وفى بها في غزو قريش.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.

فصل:

فإذا ثبت اعتبار الاستثناء بالاتصال دون الانفصال، فالمتصل ما وصفه الشافعي أن يصله بيمينه على نسق، فإن سكت لنحنحة وانقطاع نفس أو عجز أو تذكر كلام لم يكن قطعاً، وكان كالمتصل لأن الكلام لا يمتد، ولا بد أن يتخلله سكتات الاستراحة، فأما إن سكت بغير هذا، أو تكلم بين اليمين والاستثناء بما خرج عنه من أمر ونهي وكلام لا تعلق له باليمين والاستثناء بطل حكم الاستثناء، لأن استقرار اليمين بالخروج عنها إلى غيرها.

فصل:

ثم لا يصح الاستثناء فيها مع الاتصال إلا بالكلام، فإن نواه بقلبه ولم يتكلم به لم يصح، لأن اليمين لما ينعقد بالنية لم يصح الاستثناء فيها بالنية، ولزم أن يكون الاستثناء نطقاً كما لزم أن يكون اليمين نطقاً.

فإن قيل: أفليس لو قال لعبده: أنت حر ونوى بقلبه إن دخل الدار كان شرطاً في عتقه فيما بينه وبين الله تعالى، وكلا يعتق عليه إلا بدخول الدار، وإن لم يذكره نطقاً فهذا كان الاستثناء هكذا.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الاستثناء رافع كالنسخ، ولا يكون النسخ إلا بالكلام كذلك الاستثناء، والشرط تخصيص بعضه وتخصيص العموم يجوز بالقياس من غير كلام.

والثاني: أنه مبطل لظاهر الكلام، فلم يبطل إلا بمثله من كلام ظاهر، والشرط مثبت فحمل الكلام المحتمل على مقتضى الشرط، فلم يفتقر إلى الكلام فافترقا، ثم لا حكم لتلفظه في الاستثناء بمشيئة الله تعالى حين يقوله ناوياً به الاستثناء فلم لم ينوه وسيق في لسانه من غير قصد أو جرى به عادته أن يذكر مشيئة الله تعالى في سائر أحواله لم يكن استثناء.

ألا ترى أن عقد اليمين لا يصح إلا بالنية والقصد، ويكون اللغو فيها عفواً، كذلك استثناؤها، وإذا ثبت اعتبار النية في الاستثناء نظر، فإن قصد الاستثناء عند التلفظ بيمينه صح إذا تكلم به بعد يمينه، وإن لم يقصد مع ابتداء اليمين وقصده مع التلفظ بالاستثناء ففي صحته وجهان:

أحدهما: يصح لوجود القصد فيه عند ذكره.

والثاني: لا يصح لإطلاق اليمين عند ذكرها، ويجوز أن يتقدم الاستثناء على اليمين فيقول: إن شاء الله، والله لا كلمت زيداً، ويجوز أن يكون الاستثناء وسطاً، فيقول: والله إن شاء الله، لا كلمت زيداً، لأنه يكون في الأحوال كلها متصلاً بكلامه الذي يعتبر حكم أو له بآخره، وحكم آخره بأوله، وسواء قال في استثنائه: إن شاء الله، أو أراد الله، أو إن أحب الله، وإن اختار الله، كل ذلك استثناء.

وكذلك لو قال: بمشيئة الله أو بإرادة الله أو باختيار الله، فكله استثناء والله أعلم بالصواب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ فِي يَمِينِهِ لأَفْعَلَنَّ كَذَا لِوَقْتٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ فُلَانٌ فَإِنْ شَاءَ فُلَانٌ لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ مَاتَ أَوْ غَبِي عَنَّا حَتَّى مَضَى الوَقْتُ حَنَثَ قَالَ المُزَنِيُّ قَالَ بِخِلَافِهِ فِي بَابِ جَامِعِ الأَيْمَانِ».

قال في الحاوي: قال المزني: وصورة هذه المسألة أن يقول الحالف: والله لأدخلن هذه الدار اليوم إلا أن يشاء زيد فعين وقت دخوله في يومه فلا يبر بالدخول في غيره، وجعل مشيئة زيد استثناء، فتعلق بمشيئة زيد أمران:

أحدهما: صفة مشيئته المشروطة.

والثاني: حكمها في الشرط، فأما صفة مشيئته فهو أن يشاء أن لا يدخل الحالف الدار، لأن الاستثناء ضد المستثنى منه؛ لأن من حكم الاستثناء إذا عاد إلى إثبات أن يكون نفياً، وإذا عاد إلى نفي أن يكون إثباتاً، فإن قال الحالف: أردت إلا أن يشاء زيد دخولي، فلا التزام الدخول حملت المشيئة على إرادته، لاحتمالها، وإن خالفت حكم الاستثناء، وأما حكم مشيئة زيد فهو مع اليمين بعد انعقادها، فتكون مشيئة زيد رافعة لعقد يمين الحالف؛ لأنه جعلها استثناء، ولم يجعلها شرطاً، والاستثناء ينفي الإثبات ويثبت النفي، واليمين ثابتة، فكان استثناؤها نفياً، فلو قال: أردت أن تكون مشيئة زيد شرطاً في إثبات اليمين لم يعمل على إرادته، لأنها تحيل حقيقة لفظه بما لا يحتمله؛ لأن قوله: إلا أن يشاء زيد ضد قوله: إن شاء زيد، فلا يجوز أن يعلق على اللفظ حكم هذه، وخالف صفة المشيئة إذا أراد خلاف إطلاقها لاحتماله، فإذا تقررت صورة المسألة، وحكم الاستثناء فيها بمشيئة زيد الرافع لعقد اليمين فلا يخلو حال الحالف من أن يوجد فيه البر أو لا يوجد، فإن كان البر منه موجوداً بدخول الدار في يومه فلا حنث عليه سواء وجدت مشيئة زيد أو لم توجد، لكن يكون دخوله بعد مشيئة زيد دخولاً بعد ارتفاع اليمين، فلا يتعلق به بر ولا حنث، ودخوله مع عدم المشيئة دخولاً يوجب البر في يمينه وإن لم يدخل الحالف الدار في يومه فقد عدم الفعل الذي يتعلق به البر، فتراعى حينئذ مشيئة زيد، هل ارتفعت اليمين بمشيئة، أو كانت على انعقادها لعدم مشيئته، ولا يخلو حال زيد فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم أنه قد شاء، فاليمين، قد ارتفعت بمشيئته، فلم يحنث الحالف بترك الدخول، لارتفاع اليمين.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).

والثاني: أن يعلم أن زيداً لم يشأ فاليمين منعقدة لعدم الشرط في رفعها، والدخول شرط في البر فيكون الحالف حانثاً، بترك الدخول لإخلاله بشرط البر.

والثالث: أن تخفى مشيئة زيد، فلم يعلم هل شاء أو لم يشأ، فقد نص الشافعي في هذه المسألة على أن الحالف يحنث بشرط الدخول، فجعل الشك في المشيئة موجباً لسقوطها، وجعل اليمين على انعقادها فأوقع الحنث فيها، ونقل الربيع في كتاب الأم عن الشافعي في مسألة أخرى ضد هذا الجواب مع وجوب اشتراكهما فيه، وهو إذا قال الحالف: والله لا دخلت هذه الدار في يومي هذا إلا أن يشاء زيد فدخلها في يومه، ولم يعلم مشيئة زيد لم يحنث وهما في حكم المشيئة سواء، وإن اختلفا في الصورة، لأن اليمين في المسألة الأولى معقودة على دخول الدار، وفي المسألة الثانية معقودة على ترك دخولها، ومشيئة زيد في المسألتين جميعاً رافعة لعقد اليمين، وقد جعل الشك في مشيئة زيد رافعاً لليمين في المسألة الثانية، ولم يجعل الشك فيها رافعاً لليمين في المسألة الأولى، ولولا أن الربيع علل جواب المسألة الثانية أنه لا يحنث لجواز أن يكون زيد قد شاء فلا يحنث بالشك، فجاز أن ينسب الربيع إلى الوهم، أو ينسب الكاتب إلى الغلط، فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع اتفاقهم على استواء البر والحنث في المسألتين على وجهين:

أحدهما: أن خرجوا جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وحملوهما على قولين:

أحدهما: يحنث بالشك في مشيئة زيد إثباتاً لعقد اليمين في المسألتين لأن الشك في صحة الاستثناء يوجب سقوط حكمه.

والثاني: لا يحنث بالشك في مشيئة زيد إثباتاً لصحة الاستثناء في المسألتين؛ لأن الشك في كفارة الحنث توجب سقوطها استصحاباً بالبراءة الذمة فهذا أحد وجهي أصحابنا.

والثاني: وقد حكاه أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة ليس اختلاف الجوابين على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالين، فحنثه الشافعي في المسألة الأولى إذا فات أن يستدرك مشيئة زيد بموته ولم يحنث في المسألة الثانية إذا أمكن استدراكها بغيبته حياً، والتوصل إلى العلم بها، والله أعلم.

فصل:

فأما المزني فإنه لما نقل في مسألة الكتاب أنه يحنث بالشك بالمشيئة قال: قد قال خلافه في باب جامع الأيمان، والذي أشار إليه المزني في باب جامع الأيمان ليست المسألة التي حكاها الربيع في كتاب الأم، وإنما أراد ما قاله الشافعي إذا حلف ليضرب عبده مائة، فضربه بضغث يجمع شمراخ كما قال الله تعالى لأيوب حين حلف ليضرب

امرأته مائة: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] فإذا ضرب عبده بمائة شمراخ مجموعة، فإن أحاط علمه بوصول جميعها إلى بدنه بر، وإن أحاط عليه بأنه لم يصل إلى بدنه حنث، وإن شك في وصول جميعها إلى بدنه لم يحنث ولم نجعله بالشك في وصول الضرب حانثاً، فبعث إلى المزني الجواب في مسألة الضرب على ما حكيت، وفي مسألة المشيئة على ما ذكرنا وقد يقع الفرق بين الشك فيها، فلا يحنث بالشك في وصول الضرب ويحنث بالشك في وجود المشيئة، وإن كان الفرق ضعيفاً، هو أن الفعل في وصول الضرب قد وجد فغلب حكم الظاهر في وصوله: وليس لوجود المشيئة فعل يعمل على ظاهره، فغلب حكم سقوطها، والله أعلم بالصواب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ فِي يَمِينِهِ لَا أَفْعَلُ كَذَا إِنْ شَاءَ فُلَانَ فَعَلَلَ وَلَمْ يَعْرِفْ شَاءَ أَوْ لَمْ يَشَأْ لَمْ يَحْنَثْ».

قال في الحاوي: وصورتها أن يقول الحالف: والله لأدخلن الدار في يومي هذا إن شاء زيد، فمشيئة زيد هنا شرط في انعقاد اليمين وليس بشرط في استثنائها ورفعها، فوجب أن تكون المشيئة موافقة لعقد اليمين فيشاء أن لا يدخلها، بخلاف المشيئة، وفي الاستثناء الذي يتضمن ضد ما انعقدت عليه اليمين، فإن كان كذلك لم يخل أن يعلم مشيئة زيد أو لا يعلم، فإن علمنا حال مشيئة لم يخل حالها أن تكون موافقة لعقد اليمين أو مخالفة، فإن كانت موافقة لعقد اليمين وهو أن يشاء زيد أن لا يدخل الحالف الدار، واليمين منعقدة لوجود الشرط في انعقادها فلا يبر في يمينه إلا بترك دخولها في يومه، فإن دخلها فيه حنث، وإن كانت مشيئة زيد مخالفة لعقد اليمين؛ لأن زيداً قد شاء دخول الحالف إليها، وقد حلف أن لا يدخلها، فاليمين غير منعقدة؛ لأن شرط انعقادها في المشيئة مفقود، فإن قال الحالف: أردت بمشيئة زيد أن يشاء دخولي فلا أدخلها بيمين، حمل على إرادته في انعقادها لاحتماله، وإن خالف الظاهر، فأما إذا لم يعلم هل يشاء زيد أو لم يشأ لم تنعقد اليمين ولم يقع فيها حنث، لأن الشك في وجود شرطها يمنع من صحة انعقادها والله أعلم.

باب لغو اليمين من هذا ومن اختلاف مالك والشافعي

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ هِشَام بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ «لَغْوُ اليَمِينِ قَوْلُ الإِنْسَانِ لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: واللَّغْوُ فِي لِسَانِ العَرَبِ الكَلَامُ غَيْرُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَجِمَاعُ اللَّغْوِ هُوَ الخَطَأُ وَاللَّغْوُ كَمَا قَالَتْ عَائِشَةُ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٥).

وَاللَّهُ أَعْلَمْ. وَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَلَى اللَّجَاجِ وَالغَضَبِ وَالعَجَلَةِ وَعَقْدُ اليَمِينِ أَنْ يُثْبِتَهَا عَلَى الشَّيْءِ بِعَيْنِهِ».

قال في الحاوي: وأصل هذا قول الله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٥] يريد بترك المؤاخذة باللغو في الأيمان ارتفاع المأثم وسقوط الكفارة.

واختلف الفقهاء في لغو اليمين الذي يسقط به المأثم والتكفير على مذاهب شتى.

أحدها: ما قاله مالك: إن لغو اليمين هو اليمين الغموس أن يحلف على الماضي كاذباً فلا يؤاخذ بالكفارة وإن كان آثماً وهي اليمين الغموس.

والثاني: ما قاله أبو حنيفة: بأن لغو اليمين بأن يحلف على ماضٍ يعتقد أنه صادق، فيبين كاذباً فلا يؤاخذ بمأثم ولا كفارة.

والثالث: ما قال إبراهيم النخعي: أن لغو اليمين أن يحلف ناسياً على ماض أو مستقبل، فلا يؤاخذ بمأثم ولا كفارة.

والرابع: ما قال الشعبي ومسروق: هو أن يحلف على معصية فيتركها فيصير لاغياً يمينه، لا يؤاخذ بمأثم ولا كفارة.

والخامس: ما قاله سعيد بن جبير أن لغو اليمين هو أن يحرم على نفسه ما أحله الله تعالى له من قول أو عمل لا يؤاخذ فيه بمأثم ولا كفارة.

والسادس: ما قاله الشافعي: أن لغو اليمين ما يسبق به لسانه من غير قصد ولا عقد كقوله: لا والله، بلى والله، فلا يؤاخذ فيه بمأثم ولا كفارة، وهو قول ابن عباس وعائشة وعطاء، وأكثر التابعين استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٥] فدل على أن ما لم يقصده بقلبه لم يؤاخذ به وقال: ﴿وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾ [المَائدة: ٨٩] فدل على أن ما لم يعقده بغرمه لم يؤاخذ به، ولما رواه الشافعي عن عائشة في صدر الباب، وقد رواه حسان بن إبراهيم عن عطاء عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال في لغو اليمين: «هو كلام العرب، لا والله، وبلى والله»[(١)].

وروى طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يمين في غضب» فأسقط اليمين في الغضب لسبق اللسان بها وعدم القصد لها؛ ولأن لغو الكلام عند العرب ما تجرد عن غرض، وعري عن قصد وكان من البوادر والملغاة كما قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُواْ عَنْهُ﴾ [القَصَص: ٥٥] فكان ما ذهب إليه الشافعي تقتضيه اللغة فيه مع ما قارنه من محايل الشرع.

فصل:

فإذا ثبت ما ذكرنا من لغو اليمين لم تخل اليمين من أن تكون بالله تعالى أو بغيره،

---

(١) أخرجه ابن حبان (١١٨٧)، بلفظ: «هو كلام الرجل».

فإن كانت بالله تعالى سبق بها لسانه وجرت بها عادته، فقال: لا والله، أو قال: بلى والله غير قاصد لعقد يمين فلا مأثم عليه ولا حنث، ولو نزه لسانه منها كان أولى، لئلا يجعل اسم الله تعالى عرضة ليمينه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٤] فأما إن قال: لا والله، بلى والله، فجمع بينهما، كان الأول لغواً، لأنها غير مقصودة وكانت الثانية منعقدة، لأنها استدراك فصارت مقصودة؛ فإن كانت اليمين بغير الله من طلاق وعتاق سبق بها لسانه لغواً من غير قصد، ولا عقد دين فيها فلم يؤاخذ بها في الباطن، وكان مؤاخذاً بها في الظاهر، بخلاف اليمين بالله في أنه لا يؤاخذ بلغوها في الظاهر ولا في الباطن؟ لأن كفارة الحنث بالله من حقوقه المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، فلم يؤاخذ بها في الباطن لاختصاصه بحقوق الله، وكان مؤاخذاً بها في الظاهر لاختصاصه بحقوق الآدميين والله أعلم.

باب الكفارة قبل الحنث وبعده.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَنْ حَلَفَ عَلَى شَيْءٍ وَأَرَادَ أَنْ يَحْنَثَ فَأَحَبُّ إِلَيَّ لَوْ لَمْ يُكَفِّرْ حَتَّى يَحْنَثْ فَإِنْ كَفَّرَ قَبْلَ الحِنْثِ بِغَيْرِ الصِّيَامِ أَجْزَاهُ وَإِنْ صَامَ لَمْ يُجْزِ لأَنَّا نَزْعَمُ أَنَّ لِلَّهِ عَلَى العِبَادِ حَقًّا فِي أَمْوَالِهِمْ وَتَسَلَّفَ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ العَبَّاسِ صَدَقَةَ عَامٍ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ وَإِنَّ المُسْلِمِينَ قَدَّمُوا صَدَقَةَ الفِطْرِ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ الفِطْرُ فَجَعَلْنَا الحُقُوقَ فِي الأَمْوَالِ قِيَاساً عَلَى هَذَا فَأَمَّا الأَعْمَالُ الَّتِي عَلَى الأَبْدَانِ فَلَا تُجْزِىءُ إِلَّا بَعْدَ مَوَاقِيتِهَا كَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن كفارة اليمين تجب على ماض ومستقبل، فأما اليمين على ماض فالكفارة فيه واجبة بعقد اليمين وحده إذا كانت كذباً، ولا يجوز تقديم الكفارة فيها قبل وجوبها؟ سواء كفر بإطعام أو صيام؛ لأنها لا تجب إلا بسبب واحد، وهو عقد اليمين، وأما اليمين على مستقبل فالكفارة فيها واجبة بعقد اليمين، والحنث، فتعلق وجوبها بسببين عقد وحنث، وله في التفكير بها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكفر قبل اليمين والحنث فلا تجزئه سواء كفر بمال أو صيام لفقد كل واحد من السببين كما لا يجزئه إذا عجل زكاة ماله قبل ملك النصاب والحول.

والثانية: أن يكفر بعد اليمين فلا يحنث فيجزئه، سواء كفر بمال أو صيام، وقد أخرجها بعد وجوبها فصار كإخراج الزكاة بعد حولها.

والثالثة: أن يكفر بعد اليمين، وقبل الحنث فيكون كتعجيل الزكاة بعد ملك النصاب وقبل الحول، فقد اختلف الفقهاء في تعجيلها على ثلاثة مذاهب:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٥، ٢٢٦).

أحدها: وهو مذهب أبي حنيفة يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول، ولا يجوز تعجيل الكفارة قبل الحنث.

والثاني: وهو مذهب مالك، لا يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول ويجوز تعجيل الكفارة قبل الحنث.

والثالث: وهو مذهب الشافعي أنه يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول، ويجوز تعجيل الكفارة قبل الحنث إذا كانت بمال من كسوة أو إطعام أو عتق، فلا يجوز تعجيلها إذا كانت بصيام.

وقال أحمد بن حنبل: يجوز تعجيلها قبل الحنث بمال أو صيام.

فأما مالك فهو موافق في تعجيل الكفارة مخالف في تعجيل الزكاة، وقد مضى الكلام في موضعه.

وأما أبو حنيفة فقد مضى الكلام معه في تعجيل الزكاة، ويتعين الكلام معه هاهنا في تعجيل الكفارة قبل الحنث. وله في الاستدلال طريقان:

أحدهما: المنع من تعجيل الكفارة قبل الحنث.

والثاني: أن الكفارة تجب بالحنث وحده دون اليمين، واستدل على المنع من تعجيلها بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»[1] فكان له من الخير دليلان:

أحدهما: قوله: «فليأت الذي هو خير منها» فقدم فعل الحنث على الكفارة عرق الفاء الموجب للتعقيب.

والثاني: قوله: «ثم ليكفر عن يمينه» وثم موضع للتعقيب والتراخي.

ومن القياس أن يكفر قبل الحنث فلم يحرم كالصيام. ولأن كل حال لا يجوز التكفير فيها بالصيام لم يجز التكفير فيها بالمال قياساً على ما قبل اليمين، واستدل على وجوب الكفارة بالحنث وحده دون اليمين بأمرين:

أحدهما: أن الحنث ضد اليمين، لأن اليمين تمنع من الحنث، والضدان لا يشتركان في معنى الوجوب لتنافيهما.

والثاني: أن الحنث لو كان أحد السببين في الوجوب لما روعي بعد عقد اليمين إحداث فعل من جهة، كما لا يراعى في الحول بعد النصاب إحداث فعل من جهته، ولما روعي في الكفارة حدوث فعل الحنث من جهته دل على أن فعل الحنث هو الموجب للكفارة كما نقول: إن الظهار وإن لم يكن إلا بعد عقد النكاح لما كان بفعل حادث منه، كان الظهار هو الموجب للكفارة، دون النكاح.

---

(١) تقدم تخريجه.

والدليل على جواز تعجيل الكفارة قبل الحنث ما رواه مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير».

وروى قتادة عن الحسن عن عبد الرحمٰن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمٰن إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر ثم ائت الذي هو خير»(١) فجوز في هذين الحديثين تعجيل الكفارة قبل الحنث. فإن قيل: فقد روى فيها وفي الخبر المتقدم تأخير الكفارة عن الحنث فعنه جوابان:

أحدهما: أن تقديم الكفارة أشهر من تقديم الحنث.

والثاني: أننا نستعمل الروايتين معاً، فحمل تقديم الكفارة على الجواز تأخيرها على الوجوب، ونستعملها على وجه ثان أن يحمل تقديمها على التكفير بالمال، وتأخيرها على التكفير بالصيام. فتكون باستعمال الخيرين أسعد ممن استعمل أحدهما وأسقط الآخر.

ومن القياس ما يوافق عليه أبو حنيفة أنه لو خرج إنساناً وعجل كفارة قتله بعد جرحه وقبل موته أجزأه، وكذلك لو جرح المحرم صيداً لو قدم جزاءه بعد جرحه وقبل موته أجزأه، فجعل هذا معه أصلاً للقياس فيقول: يكفر لتعلق وجوبه بسببين فجاز تقديمه بعد وجود أحدهما قياساً على كفارة وجزاء الصيد، ولأنه يكفر بمال بعد عقد اليمين فوجب أن يجزئه قياساً على ما بعد الحنث.

ولأنه حق مال يجب بسببين يختصان به فجاز تقديمه على أحدهما قياساً على تعجيل الزكاة، فإن منعوا من وجوبها بسببين دللنا على وجوبها بالحنث واليمين لقول الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] وبقوله: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فجعلها تكفيراً لليمين فلم يجز أن يخرج من شرط الوجوب ولأن الكفارة حكم متعلق بالحنث فوجب أن يتعلق باليمين كما لو قال: إن دخلت الدار فعبدي حرّ كان عتقه متعلقاً بيمينه بدخول الدار، وإن منع أصحاب أبي حنيفة من تعليق عتقه بيمينه وبدخول الدار، وارتكبوا أن عتقه مختص بدخول الدار وحده منعوا من ارتكاب هذه الدعوى بما لا يدفعونه من أصل أبي حنيفة في هذا العبد إذا ادعى العتق باليمين والحنث، فأنكره السيد فأقام العبد عليه شاهدين باليمين وشاهدين بالحنث وحكم الحاكم بعتقه، ثم رجع شاهد اليمين وشاهد الحنث. قال أبو حنيفة: تجب قيمته على شاهدي اليمين خاصة نصفين وعندنا تجب على شاهدي اليمين وشاهدي الحنث أرباعاً، فقد جعل عتقه باليمين أخص من الحنث، فكانت الأيمان بالله أولى.

وأما الجواب عن الخبر فقد مضى

وأما الجواب عن القياس على تعجيل الصيام فهو أن الصيام من حقوق الأبدان فلم

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٩)، ومسلم (١٩/ ١٦٥٢).

يجز تقديمه قبل وجوبه كما لا يجوز تقديم الصلاة وصيام شهر رمضان على وجوبهما، والمال مما يجوز تقديمه قبل وجوبه لتعجيل الزكاة، ومثله ما يقوله في حقوق الآدميين أن تقديم ما تعلق بالمال من الديون المؤجلة قبل محلها جائز، وتقديم ما تعلق بالأبدان من القصاص وحدّ القذف قبل وجوبها غير جائز، وفي هذا دليل على أحمد بن حنبل في جمعه بين الأمرين في الجواز، وعبر آخر، وهو أن الصيام في الكفارة يجوز بعد العجز عن المال في وقت الاستحقاق فلا اعتبار عند الحنث لم يجز تقديمه قبل الحنث فخالف المال في هذا المعنى.

وأما الجواب عن قياسهم على تعجيلها قبل اليمين فهو أنه لم يوجد أحد سببي الوجوب فامتنع التقديم كما امتنع تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب وجاز بعد اليمين لوجود أحد السببين كما جاز تعجيل الزكاة بعد ملك النصاب.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الحنث ضد اليمين فلم يجز أن يشتركا في الوجوب فهو أن اليمين عقد والحنث حل، والحل لا يكون إلا بعد عقد فلم يتضادا، وإن اختلفا كما أن قوله: لا إله كفر، وقوله: إلا الله إيمان، فإذا اجتمعا كان الإيمان بهما منعقداً أو لم يتنافيا بالمضادة.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تعلق الكفارة بإحداث فعل يمنع من تعلقها بما تقدمه من اليمين كالظهار يمنع من وجود الكفارة فيه بالنكاح وهو من وجهين:

أحدهما: أن الحنث في الأيمان ما لا يتعلق له بإحداث فعل وهو أن يقول: والله لأدخلن الدار في يومي هذا فينقضي اليوم قبل دخولها حنث بغير فعله، وقد منع أبو حنيفة من تعجيل الكفارة فيه، فبطل أن يكون إحداث الفعل عليه في اختصاصه بالوجوب، فكان يلزم أبا حنيفة إن أراد صحة تعليله أن يجيز تقديم الكفارة في اختصاصه بالوجوب فيما لم يكن الحنث بفعله، ويمتنع منهما فيما كان الحنث بفعله.

والثاني: أن المقصود بعقد النكاح غير الظهار فلم يكن سبباً في وجوب التكفير فيه، وإنما تجب كفارة الظهار بالظهار والعود، ويجوز تعجيلها قبل الظهار وقبل العود وعقد اليمين متردد بين أمرين من بر وحنث فصار لوقوفه بينهما نسباً في وجوب التكفير على أن أبا علي بن أبي هريرة يقول: إن كفارة الظهار تجب بثلاثة أسباب بعقد النكاح، وبلفظ الظهار، وبالعود، فلم يجز تقديمها بعد النكاح وقبل الظهار لوجوب سبب واحد وبقاء سببين. وعلل بعض أصحابنا بأن الظهار محرم، فلم يجز تعجيل الكفارة فيه لأنه يؤدي إلى استباحة محظور عليه والحنث غير محرم فجاء من هذا التعليل أن يعتبر حال الحنث في الأيمان فإن كان واجباً كمن حلف: لا صليت فرضاً أو مستحباً كمن حلف: لا صليت نفلاً أو مباحاً كمن حلف: لا أكلت لحماً جاز تعجيل الكفارة فيها قبل الحنث، وإن كان الحنث محظوراً كمن حلف بالله لا شربت خمراً، ولا قتلت نفساً لم يجز تعجيل الكفارة فيها قبل الحنث فصار تعجيلها فيما لم يكن محظوراً جائز وجهاً واحداً، وجواز

تعجيلها فيما كان حنثه محظوراً على وجهين. فأما تعجيل جزاء الصيد قبل إحرامه وقبل قتله وجرحه فلا يجوز وجهاً واحداً وإن اختلفوا في تعليله، فعند أبي علي بن أبي هريرة أن علة المنع أن الجزاء متعلق بثلاثة أشياء بالإحرام والجراح والموت، فلم يجز تعجيله بفقد أحدها وبقاء أكثرها، وعند من راعى الحظر والإباحة علل بأن تقديم الجزاء موجب لاستباحة محظور، فلم يجز فإن حل له قتل الصيد لضرورة إليه، قال صاحب هذا التعليل وحكاه عنه أبو إسحاق المروزي: يجوز له تعجيل جزائه بعد إحرامه وقبل قتله، وعند جمهور أصحابنا علة المنع أن الإحرام غير مقصود لقتل الصيد فلم يكن مسبباً لوجوب الجزاء، فأما تعجيل الجزاء بعد الجراح وقبل الموت فجائز باتفاقهم وإن وهم فيه أبو حامد الإسفراييني فخرجه على وجهين؟ لأنه ليس يستبيح بالجزاء بعد الجزاء محظوراً، لأن موت الصيد حادث عن الجرح المتقدم قبل تكفيره، والله أعلم.

باب من حلف بطلاق امرأته أن يتزوج عليها

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ تَزَوَّجْتُ عَلَيْكِ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً تُمَلِّكُ الرَّجْعَةَ ثُمَّ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا فِي العِدَّةِ طُلِّقْت بِالحِنْثِ وَإِنْ كَانَتْ بَائِناً لَمْ يَحْنَثْ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا قال: إن تزوجت عليك فأنت طالق ثم تزوج عليها لم يخل تزويجه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتزوج عليها وهي باقية على نكاحه، فقد طلقت سواء قرب زمان تزويجه أو بعد؟ لأنه قد جعله شرطاً في وقوع الحنث فاستوى حكمه في القرب والبعد، ولا فرق بين أن يتزوج عليها من يكافئها في نسبها وجمالها، أو تقدم عنها في النسب والجمال، ووافقنا مالك على هذا، وإن خالفنا إذا حلف، ليتزوجن عليها، على ما سنذكر وإن تزوج عليها بعقد فاسد لم يحنث، لأن فساد العقد يمنع من صحة الشرط، وسواء دخل بها أو لم يدخل ويجيء على قول مالك أنه يحنث إن دخل بها، ولا يحنث إن لم يدخل بها، على معنى قوله: إذا نكح الوليان ودخل الثاني صح عقده.

والثانية: أن يتزوج عليها وقد طلقها طلاقاً رجعياً، فلا يخلو حالها فيه من أن تكون باقية في العدة أو خارجة عنها، فإن كانت باقية في عدتها طلقت بالحنث أخرى لأنها لما طلقت في العدة إذا باشرها بالطلاق بالحنث في الطلاق ألا ترى أنه لو حلف بعتق عبده، إن باعه فباعه عتق عليه بعد بيعه، لأنه لو باشر عتقه في خيار المجلس عتق، كذلك إذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

حلف بعتقه عتق، وإن تزوج عليها بعد انقضاء عدتها لم يلحقها بالحنث طلاق، لأنه لا يلحقها بالمباشرة طلاق، فلو تزوجها بعد انقضاء العدة ثم تزوج عليها نظرت، فإن كان قد تزوج عليها بعد انقضاء عدتها وقبل استئناف نكاحها لم تطلق إذا تزوج عليها بعد استئناف نكاحها لسقوط الشرط بالتزويج الأول وإن لم يتزوج عليها إلا بعد استئناف العقد الباقي عليها، ففي حنثه بوقوع الطلاق عليها قولان:

أحدهما: يطلق لوجود عقد اليمين وشرط الحنث في نكاحها.

والثاني: لا يطلق بالحنث لاختصاص يمينه بنكاح مضى فلم يجز أن يقع الحنث بها، في نكاح مستقبل، لأنه لا طلاق قبل نكاح.

والثالثة: أن يتزوج عليها في النكاح وهي في عدة من طلاق بائن، فلا يحنث بطلاقها، لأنه لما لم يقع عليها الطلاق لو باشرها بالطلاق، كذلك لم تطلق إذا حنث بالطلاق، فإن تزوجها من بعد نكاح مستجد، وتزوج عليها بعد أن كان قد تزوج لم يحنث، ولو تزوج عليها وإن لم يكن قد تزوج، فإن قيل في الطلاق الرجعي: لا يحنث، ففي هذا أولى أن لا يحنث وإن قيل في الطلاق الرجعي: إنه يحنث ففي هذا الطلاق البائن قولان:

أحدهما: يحنث.

والثاني: لا يحنث وقد مضى مثل هذا في كتاب الطلاق مشروحاً معللاً.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكِ وَلَمْ يُوَقِّتْ فَهُوَ عَلَى الأَبَدِ لَا يَحْنَثُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ تَمُوتَ قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا مَنْ يُشْبِهُهَا أَوْ لَا يُشْبِهُهَا مِنَ الحَنْثِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِنْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا وَإِنْ مَاتَ وَرِثَتْهُ فِي قَوْلِ مَنْ يُوَرِّثُ المَبْتُوتَةَ إِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي المَرَضِ. قَالَ المُزَنِيُّ: قَدْ قَطَعَ فِي غَيْرِ هَذَا الكِتَابِ أَنَّهَا لَا تَرِثُ قَالَ المُزَنِيُّ وَهُوَ بِالحَقِّ أَوْلَى لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَرَّثَهَا مِنْهُ بِالمَعْنَى الَّذِي وَرَّثَهُ بِهِ مِنْهَا فَلَمَّا ارْتَفَعَ ذَلِكَ المَعْنَى فَلَمْ يَرِثْهَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرِثَهُ».

قال في الحاوي: وهو كما قال، والحنث في هذه المسألة يخالف الحنث في التي تقدمها، لأنه جعل تزويجه عليها في المسألة الأولى شرطاً في وقوع الحنث، وجعله في هذه المسألة شرطاً في البر، وإذا قال في هذه المسألة إن لم أتزوج عليك فأنت طالق، فإنه على التراخي لا يحنث إلا أن يفوته التزويج عليها بموته أو موتها، فلو قال: إذا لم أتزوج عليك فأنت طالق كان على الفور يحنث إن أخر التزويج عليها، والفرق بين إن وإذا في هذا الموضع، حيث جعلنا إن على التراخي وإذا على الفور من وجهين:

---

(1) انظر الأم (٥/٢٢٦).

أحدهما: بأن «إن» موضوعة للفعل، فاعتبر فيه فوات الفعل بموت أحدهما، فصار كقوله: إن فاتني التزويج عليك فأنت طالق، «وإذا» موضوعة للزمان، فاعتبر فيها إمكان الزمان، فصار كقوله: إذا مضى زمان التزويج عليك، فأنت طالق، وهو فرق أكثر أصحابنا.

والثاني: ذكره أبو علي بن أبي هريرة أن «إن» موضوعة للشك فيما قد يكون فلم يثبت حكمها إلا بعد زوال الشك بالفوات فصارت على التراخي، وإذا موضوعة لليقين فاعتبر فيها التعجيل فصارت على الفور.

فهذان الفرقان بين «إن» و«إذا» كانا على نفي فعل فقال: إن لم أتزوج، وإذا لم أتزوج. وأما إذا كانا شرطاً في إثبات فعل، فقال: إن تزوجت عليك، وإذا تزوجت عليك، فهما سواء، في أن الفعل متى وجد على الفور أو على التراخي، تعلق به حكم واستوى فيه «إن» و«إذا»؛ لأن ما تعلق بالفعل كان وجوده هو الشرط المعتبر فاستوى فيه الفور والتراخي فأما إذا جعلا شرطاً في معاوضة الخلع، فقال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو قال: إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق فهما سواء في اعتبار العطية على الفور، ويستوي حكم: «إن» و«إذا»؛ لأنه يغلب فيه حكم المعاوضة التي يعتبر الفور فيها، وذلك على ما يقتضيه افتراق الحرفين. ولو قال: متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق كان على التراخي بخلاف «إن» و«إذا»؛ لأن لفظة متى صريحة في اعتبار الفعل فاستوى فيه حكم الفور والتراخي.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حاله في يمينه هذه ومن بر أو حنث؟ فإن بر في يمينه بأن تزوج عليها على الفور في قوله: إذا لم أتزوج عليك فأنت طالق، أو على التراخي في قوله: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق. كان بره معتبراً بوجود عقد نكاح صحيح على مكافئة لها في النسب والجمال؟ أو غير مكافئة، وقال مالك: لا يبر حتى يتزوج عليها من يكافئها في نسبها وجمالها، فإن تزوج دونها في النسب والجمال لم يبر؟ لأن قصده بيمينه إدخال الغيظ عليها، وغيظها يختص بمن يكافئها، فأما من لا يكافئها فهو نقص يدخل عليه دونها، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن حكم الأيمان معتبر بصريح الألفاظ دون المقاصد والأغراض، والاسم موجود في الحالين فاستوى حكمهما في البر، لأنه لما استوى حكمهما في الحنث، إذا قال إن تزوجت عليك فأنت طالق، أنه متى تزوج عليها مكافئة أو غير مكافئة حنث كذلك وجب أن يستوي حكمهما في البر إذا قال: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق، أنه متى تزوج عليها مكافئة أو غير مكافئة أن يبر، وما اعتبر من إدخال الغيظ عليها، ولو قلب عليه بأن إدخال الغيظ عليها بنكاح غير المكافئة أكثر لكان أشبه، وإن لم يكن إدخال الغيظ عليها معتبراً ومتى وجد العقد استقر البر، ولم يكن الدخول فيه شرطاً في البر،

وقال مالك: لا يبر بالعقد حتى يقترن به الدخول؛ لأن مقصود العقد في إدخال الغيظ عليها وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يعتبر الدخول فيه إذا علق بالحنث كذلك لا يعتبر إذا علق بالبر.

والثاني: أنه زيادة لم تذكر فكان ملغى كالحبل.

فصل:

وإن حنث في يمينه لم يخل حنثه أن يكون بالثلاث أو دونها، فإن كان بما دون الثلاث توارثا في العدة، ولم يتوارثا فيما بعدها، وإن كان حنثه بالثلاث لم يخل أن يكون معتبراً بالفور أو التراخي، فإن كان معتبراً بالفور، لأنه قال: إذا لم أتزوج فأنت طالق ثلاثاً، لم يتوارثها فيه إذا كان عقد اليمين في الصحة، وإن كان معتبراً بالتراخي، لأنه قال: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ثلاثاً، فلا حنث ما لم يمت واحد منهما، فإن مات أحدهما وقع الحنث قبل الموت بزمان يضيق عن عقد النكاح، فيحنث بفوات العقد لقصور زمانه قبل الموت، وتصير كالمبتوتة في مرض الموت، وإن كانت هي الميتة لم يرثها لوقوع الفرقة باختياره، وإن كان هو الميت ففي ميراثها منه قولان من ميراث المبتوتة في المرض؛ لأنه بالامتناع من التزويج عليها كالموقع إطلاقها في مرض موته، والله أعلم.

باب الإطعام في الكفارة في البلدان كلها ومن له أن يطعم وغيره

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيُجْزِىءُ فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ مُدٌّ بِمُدّ النَّبِيِّ ﷺ وَإِنَّمَا قُلْنَا يُجْزِىءُ هَذَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أُتِيَ بِعَرَقٍ فِيهِ تَمْرٌ فَدَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ وَأَمَرَهُ أَنْ يَطْعِمَهُ سِتِّينَ مَسْكِيناً وَالعرَقُ فِيمَا يُقَدَّرُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً وَذَلِكَ سِتُّونَ مُداً فَلِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ فِي كُلِّ بِلَادٍ سَوَاءٌ».

قال في الحاوي: اعلم أن الكفارة تنقسم ثلاثة أقسام:

قسم وجب على الترتيب في جميعه.

وقسم وجب على التخيير في بعضه والترتيب في بعضه، فأما ما كان بوجوبه على الترتيب في جميعه فكفارة الظهار والقتل والوطء في شهر رمضان، يبدأ بالعتق فإن لم يجده فالصيام، فإن عجز عنه فالإطعام، وأما ما كان وجوبه على التخير فكفارة الأذى، وهو مخير بين دم شاة أو إطعام ستة مساكين أو صيام ثلاثة أيام، وجزاء الصيد هو مخير بين مثله من النعم أو قيمة المثل طعاماً أو عدل ذلك صياماً، وأما ما كان وجوبه على

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

التخيير في بعضه، والترتيب في بعضه فكفارة اليمين، قال الله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، فجعله مخيراً بين هذه الثلاثة، ثم قال: فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، فجعل الصيام مرتباً على العجز بعد المال، فبدأ الشافعي بالإطعام، لأن الله تعالى بدأ به لقوله: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] فنص على عدد المساكين أنهم عشرة فلا يجوز الاقتصار على أقل منهم لمخالفة النص وقال في طعام كل مسكين احتمالاً يقدره بحد فقال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فاختلف العلماء في قدر ما يطعم كل مسكين منهم على مذاهب شتى:

أحدها: ما حكاه الحارث عن علي بن أبي طالب وقاله محمد بن كعب القرظي، والحسن البصري: إنه غداء وعشاء لكل مسكين.

والثاني: ما قاله ابن عباس وسعيد بن جبير أن يعتبر المكفر في عياله فإن كان يشبعهم أشبع المساكين، وإن كان لا يشبعهم فيقدر ذلك في طعام المساكين.

والثالث: ما قاله بعض فقهاء البصرة أنه أحد الأمرين من غداء وعشاء.

والرابع: ما قاله أبو حنيفة، أنه إن كفر بالحنطة أعطى كل مسكين نصف صاع، وإن كفر بالتمر أو الشعير أعطى كل مسكين صاعاً، وعنه في الزبيب روايتان:

أحداهما: صاع كالتمر.

والثانية: نصف صاع كالبر.

والخامس: ما قاله الشافعي أنه يعطي كل مسلم مداً واحداً من أي صنف أخرج من الحبوب وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت وأبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء وقتادة، وهكذا كل كفارة أمسك عن تقدير الإطعام فيها مثل كفارة الظهار والقتل إذا قيل: إن في كفارة القتل إطعاماً على أحد القولين يقدر إطعام كل مسكين بمد واحد في أي يد كفر، ومن أي جنس أخرج، وقد تقدم الكلام فيه مع أبي حنيفة في كتاب الطهارة، ومن الدليل عليه الكتاب والسنة والدليل.

فأما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فكان الأوسط محمولاً على الجنس والقدر، فأوسط القدر فيما يأكله كل إنسان رطلان من خبز، والمد رطل وثلث من حب إذا أخبز كان رطلين من خبز هو أوسط الكفارة.

وأما السنة فما أمر به النبي ﷺ للأعرابي الواطىء في شهر رمضان أن يطعم ستين مسكيناً فقال: لا أجد، فأتي بفرق من تمر فقال: أطعمه ستين مسكيناً[1]، والفرق: خمسة عشر صاعاً يكون ستين مداً، فجعل لكل مسكين مداً، وأما الاستدلال فهو أن إطلاق الإطعام لو لم يقدر بالنص لكان معتبراً بالعرق، وعرف من اعتدل أكله من الناس ولم يكن من المسرقين ولا من المقترين أن يكتفي بالمد في أكله، وليس ينتهي إلى صاع، هو عند

---

(١) تقدم تخريجه.

أبي حنيفة ثمانية أرطال، وما خرج عن الفرق لم يعتبر إلا بنص.

فإن قيل: فقد قدر النبي ﷺ الإطعام في فدية الأذى بمدين لكل مسكين فلما لا جعلتموه أصلاً في كفارة اليمين وقدرتموه بمدين لكل مسكين قيل: لأمرين:

أحدهما: أنه لما قدر في كفارة الواطىء بمد وفي كفارة الأذى بمدين، وترددت كفارة اليمين بين أصلين وجب أن يعتبر الأقل لأنه تعين.

والثاني: أنه لما خففت فدية الأذى بالتخيير بين الصيام والإطعام تغلظت بمقدار الطعام، ولما غلظت كفارة الأيمان بترتيب الإطعام، على الصيام تخففت بمقدار الإطعام تعديلاً بينهما في أن تتغلظ كل واحدة من وجه وتتخفف من وجه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا أَرَى أَنْ يُجْزِىءُ دَرَاهِمَ وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الأَمْدَادِ».

قال في الحاوي: لا يجوز أن يخرج في الكفارة قيمة الطعام، كما لا يحق أن يخرج في الزكاة قيمتها، وجوز أبو حنيفة إخراج القيمة في الزكاة والكفارة وقد مضى الكلام معه.

فأما ما نقله المزني ها هنا: «ولا يجزىء طعام» فلم يرد به طعام البر في إطعام المساكين، لأنه هو الأصل الأغلب فيما يستحق، وله أحد تأويلين، إما أن يكون محمولاً على أن لا يخرج الطعام في قيمة الكسوة، كما لا يخرج الكسوة في قيمة الطعام، وإما أن يكون محمولاً على الطعام المطبوخ من الخبز لأن المستحق عند الشافعي إخراج الحب من البر جميع الحبوب دون الخبز وإن كنت أفتي بإخراج الخبز في الكفارة اعتباراً بالأرفق الأنفع في الغالب، وأن يعطى كل مسكين رطلين من الخبز، وحكى ابن أبي هريرة عن أبي القاسم أحسبه أراد الأنماطي، أنه جوز إخراج الدقيق في الكفارة وزكاة الفطر اعتباراً بالأرفق.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا اقْتَاتَ أَهْلُ البُلْدَانِ مِنْ شَيْءٍ أَجْزَأَهُمْ مِنْهُ مُدٌّ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وهو مقصور على الحبوب المقتاة، فكما جاز إخراجه في زكاة الفطر جاز إخراجه في الكفارات، ثم فيه قولان:

أحدهما: أنه مخير بين جميع الأقوات، فمن أيهما شاء أطعم.

والثاني: أنه يخرج من الغالب من الأقوات وفي اعتبار الغالب وجهان:

أحدهما: من غالب قوت بلده.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٦).

(٢) انظر الأم (٥/٢٢٦).

والثاني: من غالب قوته في نفسه، لقول الله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وإن عدل عن غالب القوت إلى غيره لم يخل ما عدل إليه عن الأغلب من أن يكون أدون منه أو أعلى، فإن كان دون منه لم نجزه، وإن كان أرفع منه كإخراج البر إذا كان أغلب قوته شعيراً ففي جوازه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يجوز لفضله.

والثاني: لا يجوز لأنه يصير بالعدول إليه كالقيمة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَيُجْزِىء أَهْلَ البَادِيَةِ مُدُّ أَقِطٍ قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَجَازَ الأَقْطِ هَهُنَا وَلَمْ يُجِزْهُ فِي الفِطْرَةِ».

قال في الحاوي: أما إذا اقتات أهل البادية غير الأقط لم يكن لهم إخراج الأقط في الكفارة ولا في زكاة الفطر، وإن لم يكن لهم قوت غير الأقط فقد روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كنا نخرج إذ فينا رسول الله ﷺ صاعاً من أقط، فإن صح هذا أنه كان بأمر رسول الله ﷺ أو بعلمه وإقراره عليه جاز إخراج الأقط في زكاة الفطر والكفارات، وإن لم يصح أنه كان بأمره أو بعلمه، ففي جواز إخراجه في زكاة الفطرة والكفارات قولان:

أحدهما: يجوز على ما نص عليه ها هنا في الكفارة لأنه قوت مدخر تحت الزكاة في أصله.

والثاني: لا يجوز على ما نص عليه في زكاة الفطر، لأنه مما لا تجب فيه الزكاة فلم يجز إخراجه في الكفارة الزكاة، وقد جعل أبو علي بن أبي هريرة هذين القولين بناء على اختلاف قول الشافعي في قول الصحابي إذا لم يعضده قياس، هل يؤخذ بقول الصحابي أو يعدل إلى القياس، فعلى قوله في القديم يؤخذ بقول الصحابي فعلى هذا يجوز إخراج الأقط في الكفارة، وزكاة الفطر، أخذاً بقول أبي سعيد الخدري، وعلى قوله في الجديد يعدل عنه إلى القياس فعلى هذا لا يجوز إخراج الأقط.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لأَهْلِ بِلَادٍ قُوتٌ مِنْ طَعَامٍ سِوَى اللَّحْمِ أَدُّوا مُدًّا مِمَّا يَقْتَاتُ أَقْرَبُ البُلْدَانِ إِلَيْهِمْ».

قال في الحاوي: إذا اقتات قوم ما لا يزكى من الأقوات، مثل أن يقتاتوا اللحم كالترك، أو اللبن كالأعراب، أو السمك كسكان البحار، فإن قيل: إن إخراج الأقط لا

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٦).

يجزىء لم يجز إخراج غيره من اللحم أو اللبن أو السمك، وإن قيل: إنه يجزىء ففيهما وجهان:

أحدهما: يجزىء، لأنها أقوات كالأقط.

والثاني: أنها لا تجزىء بخلاف الأقط، للفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: وجود الأثر في الأقط، وعدمه في سواه.

والثاني: أن الأقط يبقى ويدخر، وليس يبقى ما سواه ويدخر ولا يكال، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة، وإذا لم يجزهم إخراج ذلك عدلوا في كفارتهم، وزكاة فطرهم إلى أقوات غيرهم من أهل البلاد، وفيها قولان:

أحدهما: يكونون مخيرين بين جميعها.

والثاني: يعدلون إلى الأغلب من قوت أقرب البلاد بهم فيخرجونه، فإن عدلوا عنه إلى ما هو أدنى لم يجزهم وإن عدلوا عنه إلى ما هو أعلى كان على ما ذكرنا من الوجهين والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُعْطَى الرَّجُلُ الكَفَّارَةَ وَالزَّكَاةَ مَنْ لَا تَلْزَمُهُ النَّفَقَةَ عَلَيْهِ مِنْ قَرَابَتِهِ وَهُمْ مَنْ عَدَا الوَلَدِ والوَالِدِ وَالزَّوْجَةِ إِذَا كَانُوا أَهْلَ حَاجَةٍ فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا مِنْ غَيْرِهِمْ وَإِنْ كَانَ يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ تَطَوُّعاً».

قال في الحاوي: وهو كما قال: كل من يلزمه الإنفاق عليه بنسب كالوالدين والمولودين، أو بسبب كالزوجات لا يجوز أن يدفع إليهم من كفارته ولا من زكاة ماله ومن لا يلزمه الإنفاق عليهم جاز أن يعطيهم من كفارته وزكاته إذا كانوا فقراء فهذا أصل معتبر، وإنما لم يجز أن يدفعها إلى من تلزمه نفقته لأمرين:

أحدهما: أنهم قد صاروا كالأغنياء.

والثاني: أنها تصير كالعائدة إليه لما يسقط من نفقتهم عنه، وإذا كان كذلك فمتى كان الولد صغيراً فقيراً لم يجز دفع كفارته إليه لوجوب نفقته عليه، وإن كان كبيراً ناقصاً بزمانة أو جنون لم يجز دفعها إليه، لوجوب نفقته عليه كالصغير، وإن كان كامل الصحة والعقل لم تجب نفقته عليه فجاز دفع كفارته إليه، وفيه من الخلاف ما سنذكره وكذلك أولاد أولادهم وإن سفلوا، وأما الوالد فإن تعطل عن الاكتساب بزمانة أو جنون وجبت نفقته عليه، فلم يجز دفع كفارته إليه وإن كان من أهل الاكتساب بالصحة والعقل لكنه فقير ففي وجوب نفقته عليه قولان:

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٦، ٢٢٧).

أحدهما: وهو القديم يجب اعتباراً بوجود الفقر، فعلى هذا لا يجوز دفع كفارته إليه.

والثاني: وهو الجديد لا تجب اعتباراً بالقدرة على الكسب، فعلى هذا يجوز دفع كفارته إليه.

فإن قيل: بأن الوالد لا تجب نفقته إلا بالفقر والزمانة على قوله في الجديد فالولد أولى، وإن قيل: إنها تجب بالفقر وحده على قوله في القديم ففي الولد وجهان:

أحدهما: أنه كالوالد تجب نفقته بالفقر وحده.

والثاني: أنها تجب بالفقر وعدم الاكتساب، بخلاف الوالد، لتأكيد نفقة الوالد كما تتأكد بوجوب إعقاب الولد دون الولد، وهكذا الأم كالأب والأجداد كالأب، والجدات كالأم، وأما من عداهم من المناسبين كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات، فلا تجب نفقاتهم بحال، ويجوز دفع كفارته وزكاته إليهم، وهم أحق بها من غيرهم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خير الصدقة على ذي رحم كاشح»[1] وروي عنه ﷺ أنه قال: «لا يقبل الله صدقة امرىء وذو رحم محتاج»[2]، وسواء كأن يتطوع بالإنفاق عليهم أم لا.

وقال بعض الفقهاء: إن تطوع بالإنفاق عليهم لم يجزه، وإن لم يتطوع أجزأه وهذا خطأ، لأن للمتطوع أن يمتنع، وفي دفع ذلك إليهم امتناع بها من الإنفاق عليهم وأما الزوجات فلا يجوز للزوج أن يدفع كفارته إلى زوجته لوجوب نفقتها عليه؟ فصارت غنية به، وأما الزوجة فيجوز أن تدفع كفارتها إلى زوجها وكذلك زكاتها ومنع أبو حنيفة من دفعها إليه، لأن نفقته عليها فصار عائداً إليها، وهذا غير صحيح، لأنه لا تجب عليها نفقته فصار باقياً على فقره فجرى على حكم الإيجاب، وإنفاقه عليها لا يمنع من دفعها إليه كما لو دفعها إلى أجنبي وأطعمه إياها أو وهبها له وقد مضت هذه المسألة مستوفاة من قبل.

مسألة[3]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا أَنْ يُعْطَى حُرًّا مُسْلِماً مُحْتَاجاً».

قال في الحاوي: اعلم أن مصرف الكفارة فيمن يجوز أن يصرف إليه سهم الفقراء والمساكين من الزكاة، وهو من جمع من الفقر والمسكنة ثلاثة أوصاف: الحرية، والإسلام، وأن لا يكون من ذوي القربى، فأما العبد فلا يجوز دفعها إليه، لأنه لا يملكها ولأنه غني بسيده، وكذلك المدبر وأم الولد، والمعتق بعضه؛ لأن سيد رقه يأخذ منها قدر حقه وهو غنى، وكذلك المكاتب ولا يجوز صرف الكفارة إليه، وجوز أبو حنيفة رضي الله عنه صرفها إليه كالزكاة، وهذا فاسد، لأن حكم الزكاة أوسع لما يجوز من صرفها إلى

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

الأغنياء من المجاهدين، وأحد صنفي الغارمين والكفارة أضيق، لأنه لا يجوز صرفها إلى غني بحال؛ ولأن المكاتب تجري عليه أحكام الرق.

وأما الكافر فلا يجوز دفع الكفارة إليه، وكذلك الزكاة سواء كان ذمياً أو حربياً.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تصرف إليه زكاة المال ويجوز أن تصرف إليه الكفارة وزكاة الفطر، إن كان ذمياً أو معاهداً؛ لأنه يجوز دفعها إليه إن كان حربياً.

ودليلنا هو أنه لا يجوز دفع زكاة المال إليه لم يجز أن يدفع إليه الكفارة، وزكاة الفطر كالحربي ولأنه حق يخرج للطهرة فلم يجز صرفه لأهل الذمة كزكاة المال وأما ذوو قربى رسول الله ﷺ فلا يجوز أن تصرف إليهم الزكوات ولا الكفارات، وإن جوزه أبو حنيفة فيما قدمناه، واستوفيناه والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ عُلِمَ أَنَّهُ أَعْطَى غَيْرَهُمْ فَعَلَيْهِ عِنْدَي أَنْ يُعِيدَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أخطأ في دفع الزكاة والكفارة اعتبر حال المدفوع إليه، فإن كان عبداً ظنه حراً أو كافراً ظنه مسلماً أو من ذوي القربى ظنه من غير ذوي القربى لم يجزه ما دفع، وعليه الإعادة لأمرين:

أحدهما: أن حقوق الأموال إذا لم تقع موقع الإجزاء مع العهد لم تقع موقع الأجزاء الخطأ، كرد الودائع إلى غير أهلها.

والثاني: أن لأسباب المنع من الرق والكفر والنسب علامات يستدل بها وأمارات لا تخفى معها، فكان الخطأ من تقصير في الاجتهاد، وإن بان أنه دفعها إلى غني يظنه فقيراً ففي وجوب الإعادة قولان:

أحدهما: يعيد ولا يجزئه للتعليل الأول بأن الخطأ في حقوق الأموال كالعهد والقود.

والثاني: يجزئه ولا يعيد لعدم التعليل الثاني في فقد الأمارة الدالة على غناه، لأن المال يمكن إخفاؤه والرق والكفر لا يمكن إخفاؤهما، فكان بخطئه في الغنى معذوراً وفي العبد والكافر مقصراً.

وإن دفع كفارته وزكاته إلى السلطان وأخطأ السلطان في دفعها إلى غير مستحقها نظر، فإن بان أنه دفعها إلى غني أجزأ لخفاء حاله عليه، وإن بان أنه دفعها إلى عبد أو كافر أو ذوي قربى ففي وجوب ضمانها عليه قولان:

أحدهما: يضمنها ويعيدها، كما يلزم رب المال أن يعيدها.

والثاني: لا يضمنها وتقع موقع الإجزاء بخلاف رب المال لوقوع الفرق بينهما بأن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

مباشرة السلطان لعموم الأمور يقطع عن التفرد بالاجتهاد فيها، ولا يقطع رب المال عن التوفر في الأجتهاد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يُطْعِمُ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ وَاحْتَجَّ عَلَى مَنْ قَالَ: إِنْ أَطْعَمَ مِسْكِيناً وَاحِداً مِائَةَ وَعِشْرِينَ مُدًّا فِي سِتِّينَ يَوْماً أَجْزَأَهُ وَإِنْ كَانَ فِي أَقَلِّ مِنْ سِتِّينَ لَمْ يُجْزِهُ فَقَالَ أَرَاكَ جَعَلْتَ وَاحِداً سِتِّينَ مِسْكِيناً فَقَدْ قَالَ اللَّهُ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٢] فَإِنْ شَهِدَ الْيَوْمَ شَاهِدٌ بِحَقٍّ ثُمَّ عَادَ مِنَ الغَدِ فَشَهِدَ بِهِ فَقَدْ شَهِدَ بِهَا مَرَّتَيْنِ فَهُوَ كَشَاهِدَيْنِ فَإِنْ قَالَ لَا يَجُوزُ لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ ذَكَرَ العَدَدَ قِيلَ وَكَذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ لِلمَسَاكِينَ العَدَدَ».

قال في الحاوي: وهو كما قال؛ لأن الله تعالى قد نص على عددهم في الكفارة فوجب أن يستحقها عشرة مساكين، وإن دفع إلى مسكين واحد مدين أجزأه أحدهما، ولم يجزه الآخر سواء دفعه إليه في يوم واحد أو في يومين.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: «إذا دفع له حق مسكين في يوم واحد لم يجزه وإن دفع إليه في يومين أجزأه حتى قال: لو دفع إلى مسكين حق عشرة مساكين في عشرة أيام أجزأه وقام مقام عشرة مساكين فاعتبر عدد الإطعام ولم يعتبر عدد المساكين. والشافعي يعتبرهما معاً، ويمنع أن يأخذ مسكين واحد من كفارة واحد مرتين ليستوفي العدد الذي أمره الله تعالى به كما يستوفيه في الوصايا لو أوصى بإطعام عشرة مساكين؟ فكان في حقوق الله تعالى من الكفارات أولى، وقد مضت هذه المسألة مع أبي حنيفة في كتاب الظهار.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَطْعَمَ تِسَعَةً وَكَسَا وَاحِداً لَمْ يُجْزِهُ حَتَّى يُطْعِمَ عَشَرَةً كَمَا قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المَائدة: ٨٩]».

قال في الحاوي: قد جعل الله تعالى للمكفر عن يمينه الخيار في التكفير بأحد ثلاثة أشياء: الطعام أو الكسوة أو العتق، فبأيها كفر أجزأه، إذا استوفاه ولم يفرق، فإن أطعم خمسة وكسا خمسة لم يجزه، وكان مخيراً إن شاء تمم إطعام عشرة مساكين وكان متطوعاً بالكسوة، وإن شاء تتم كسوة عشرة مساكين، وكان متطوعاً بالإطعام، وقال مالك: يجزئه أن يطعم خمسة ويكسو خمسة، لأنه لما أجزأه إطعامهم وأجزأته كسوتهم أجزأه أن يجمع بين إطعامهم وكسوتهم.

وقال أبو حنيفة: إن أطعم خمسة وكسا خمسة، وجعل كسوة الخمسة بقيمة إطعام

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

الخمسة لم يجز، وإن جعل إطعام الخمسة بقيمة كسوة الخمسة أجزأه فأجاز إخراج قيمة الكسوة طعاماً ولم يجز إخراج قيمة الطعام كسوة فلم يستمر في جواز القيمة على أصله، ولا في المنع منها على أصلنا، والدليل على أن الله تعالى خير المكفر بين ثلاثة، من طعام أو كسوة أو عتق، فلم يجز أن يجعل له خياراً رابعاً في التبعيض، ولأنه لما امتنع في الكفارة تبعيض العتق والصيام امتنع فيها تبعيض الكسوة والإطعام.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ ثَلَاثَةِ أَيْمَانٍ مُخْتَلِفَةٍ فَأَعْتَقَ وَأَطْعَمَ وَكَسَا يَنْوِي الكَفَّارَةَ وَلَا يَنْوِي عَنْ أَيِّهَا العِتْقُ وَلَا الإِطْعَامُ وَلَا الكُسْوَةُ أَجْزَأَهُ وَأَيُّهَا شَاءَ أَنْ يَكُونَ عِتْقاً أَوْ طَعَاماً أَوْ كَسْوَةً كَانَ وَإِنْ لَمْ يَشَأْ فَالنِّيَّةُ الأُوْلَى تُجْزِئُهُ».

قال في الحاوي: وهو كما قال إذا كانت عليه ثلاث كفارات عن ثلاث أيمان مختلفة كنا في التكفير عنها بالخيار بين أن يكفر عنها من جنس واحد فيطعم عن جميعها ويكسو عن جميعها، أو يعتق عن جميعها، وبين أن يكفر عنها من أجناس مختلفة فيطعم عن أحدها، ويكسو عن أحدها ويعتق عن أحدها، لأن لكل كفارة حكم نفسها، وسواء عينها أو أطلقها؛ لأن عليه النية في الكفارة وليس عليه أن يعين عن أي كفارة كالوضوء يلزمه أن ينوي أنه عن الحدث، ولا يلزمه عن أي حدث.

وقال أبو حنيفة: يلزمه تعيين النية عن أي كفارة كما يلزمه تعيين النية للصلاة من ظهر أو عصر، فيقال له: لما لم يلزمه في قضاء الصلوات الفوائت أن يعين عن أي يوم لم يلزمه في الكفارات أن يعين عن أي حنث، فلا يكون في إثباته التعيين في الأداء بأولى من نفيه للتعيين في القضاء، فاستويا ثم ترجح ما ذكرنا باتفاقنا على أنه لو نسي صلاة لم يعرفها بعينها لم يجزه في قضائها أن ينوي قضاء ما وجب عليه، لعدم التعيين، ولو كانت عليه كفارة لا يعرف موجبها أجزأه أن ينوي بالتكفير ما وجب عليه فعلم أن تعيين النية في الصلاة واجب، وتعيينها في الكفارة غير واجب. فأما الفرق بين الطهارة والصلاة في تعيين النية في الصلاة دون الطهارة مع اشتراكهما في وجوب النية فمن وجهين:

أحدهما: ما حكاه أبو القاسم الأنماطي عن المزني قال: قلت للمزني: لم افتقرت الصلاة إلى تعيين النية ولم تفتقر الطهارة إلى تعيين النية؟ فقال: لأن الصلاة تراد لنفسها، والطاهرة تراد لغيرها وهذا صحيح. وهكذا الكفارة تراد لغيرها، وهو تكفير الحنث، فلذلك لم يلزم فيها تعيين النية.

والثاني: قاله أبو علي بن أبي هريرة أن الطهارة بسبب متقدم، وهو ما سبق من الحدث فلم يلزم تعيين النية له، والصلاة لأمر مستقبل فجاز أن يلزم تعيين النية فيها،

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

وهذا صحيح وهكذا الكفارة بسب متقدم، وهو ما سبق من اليمين؟ فلم يعتبر تعيين النية فيها.

فإن قيل: النية في الكفارة أغلظ منها في الطهارة لأنه لو نوى بطهارته أنها عن نوم فكانت عن بول أجزأه، ولو نوى بعتقه في الكفارة أنه عن ظهار فكان عن قتل لم يجزه فجاز أن تتغلظ الكفارة بتعيين النية، وإن لم تتغلظ بها الطهارة.

قيل: إنما أجزأته الطهارة ولم تجزه الكفارة بمعنى آخر، وهو أن الطهارة ترفع جميع الأحداث لأنها تتداخل، فكذلك أجزأت في مخالفة التعيين، والعتق لا يسقط جميع الكفارات، لأنها لا تتداخل، فلذلك لم تجز في مخالفة التعيين.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يُجْزِىءُ كَفَّارَةٌ حَتَّى يُقَدِّمَ النِّيَّةَ قَبْلَهَا أَوْ مَعَهَا».

قال في الحاوي: أما النية في دفع الزكاة والكفارة فواجبة على ما قدمناه في الزكاة؛ لأن دفع المال يتنوع فرضاً وتطوعاً، فافتقر الفرض إلى تمييزه بالنية، وله في النية ثلاثة أحوال، تجزئة في إحداها ولا تجزئه في الآخر، ومختلف في إجزائه في الثالث، فأما ما تجزئه فهو أن ينوي عند دفعها فيجزىء، لأن أغلظ أحوال النية أن يكون مع الفعل، وأما ما لا يجزىء فهو أن ينوي قبل عزلها من ماله، لأنها تجردت عن الفعل، فكانت قصداً ولم تكن نية، وأما المختلف فيه فهو أن ينوي عند عزلها من ماله وقبل دفعها ففي إجزائها وجهان:

أحدهما: تجزىء وإن لم تجزىء مثله في الصلاة، وهو الظاهر من كلام الشافعي حتى يقدم النية قبلها، لأن الاستنابة في دفعها يصح، ولا يمكن المستنيب أن ينوي مع الدفع، فأجزأته النية مع العزل، وخالفت الصلاة التي لا يجوز الاستنابة فيها، فلزم أن تكون النية مقارنة لأولها وجرت الضرورة مجرى الصيام الذي تجزىء النية فيه قبل دخوله للضرورة عند تعذرها مع دخوله.

والثاني: لا يجزئه لبقائها مع القود على ملكه فأشبه النية قبل عزله، وتأول من قال بهذا الوجه قول الشافعي حتى يقدم النية قبلها، أو معها بتأويلين:

أحدهما: أن ينوي قبلها إذا استصحب النية إلى دفعها.

والثاني: قبلها في الصيام ومعها في الكسوة.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَفَّرَ عَنْهُ رَجُلٌ بِأَمْرِهِ أَجْزَأَهُ وَهَذِهِ كَهِبَتِهِ إِيَّاهَا مِنْ مَالِهِ وَدَفْعِهِ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

إِيَّاهَا كَقَبْضٍ وَكِيْلِهِ لِهِبَتِهِ لَوْ وَهَبَهَا لَهُ وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: أَعْتِقْ عَنِّي فَوَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ عَنْهُ لأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ قَبْلَ العِتْقِ وَكَانَ عِتْقُهُ مِثْلَ القَبْضِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ فَلَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى أَعْتَقَهُ كَانَ العِتْقُ كَالقَبْضِ».

قال في الحاوي: وهو كما قال: إذا وجب عليه الكفارة فكفر عنه رجل بأمره فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مال التكفير للآمر، فيكون المأمور هاهنا وكيلاً للآمر في إخراج الكفارة، وهذا متفق على جوازه لجواز النيابة في التكفير، لأن مقصودها المال والعمل تبع، فأجريت مجرى حقوق الأموال، وتكون النية في إخراجها مستحقة، لما تضمنها من العبادة، وللآمر والمأمور فيها أربعة أحوال:

أحدها: أن ينوي الآمر عند أمره وينوي المأمور عند دفعه، فهذا أكمل أموال الجواز.

والثاني: أن لا ينوي واحد منها فلا يجزىء المخرج عتقاً كان أو إطعاماً لعدم الشرط المستحق في الإجزاء ولا يضمنه المأمور، ويكون متطوعاً في الأمر.

والثالث: أن ينوي المأمور عند دفعه، ولا ينوي الآمر عند أمره، فهنا يجزىء لأن اقتران النية بالدفع أصح.

والرابع: أن ينوي الآمر عند أمره، ولا ينوي المأمور عند دفعه، ففي إجزائه وجهان على ما مضى من وجوب اعتباره النية عند العزل والدفع، فإن أمره أن يكفر عنه بنوع فعدل إلى غيره كان المأمور ضامناً لما كفر به سواء عدل عن الأدنى إلى الأعلى كعدوله عن الإطعام إلى العتق، أو عدل عن الأعلى إلى الأدنى، كعدوله عن العتق إلى الإطعام، لأن المأمور مقصور التصرف على ما تضمنه الأمر، وإن أطلق الآمر الإذن للمأمور في التكفير ولم يعين له على جنس ما يكفر به لم تخل الكفارة من أن تكون كفارة ترتيب كالقتل والظهار، فإطلاق إذن الآمر يوجب حمله على اعتبار حاله، فإن كان من أهل العتق أوجب إطلاق إذنه أن يعتق عنه، وإن أطعم ضمن ولم يجزه، وإن كان من أهل الإطعام أوجب إطلاق إذنه أن يطعم، عنه، وإن أعتق لم ينفذ عتقه، ولم يضمن بخلاف المال الذي قد ملكه المعطى، فضمنه المعطى وإن كانت كفارة لحنث مثل كفارة الأيمان، فإن كفر المأمور بأقل الأجناس ثمناً، فكفر بالإطعام دون العتق أجزأ، سواء كان موجوداً في ماله أو غير موجود، وإن كفر بأكثر الأجناس ثمناً فكفر بالعتق دون الإطعام، فلا يخلو مال الآمر من أربعة أحوال:

أحدها: أن يوجد في ملكه للأدنى من الإطعام، ولا يوجد فيه الأعلى من العتق فيصير المأمور بعد عدوله إلى العتق من غير ملكه خارجاً من حكم الأذى، فلا يجزىء العتق، ويكون عن المأمور دون الآمر، والكفارة باقية في ذمة الآمر.

والثانية: أن يوجد في ملكه الأعلى على العتق، ولا يوجد في الأدنى من الطعام

فهذا العتق يجزىء عن الآمر، وله ولاؤه؛ لأن إطلاق إذنه متوجه إلى ملكه.

والثالثة: أن لا يوجد في ملكه الأدنى من الإطعام، ولا الأعلى من العتق، فليس له التكفير عنه بالأعلى من العتق، لأمرين:

أحدهما: أن فضل القيمة غير مستحق.

والثاني: أنه يدخل ولاء المعتق في ملك الآمر بغير إذن.

والرابعة: أن يوجد في ملكه الأدنى من الطعام والأعلى من العتق، فهل يكون إطلاق الإذن يوجب تخيير المأمور، كما كان موجباً لخيار الآمر على وجهين:

أحدهما: أنه موجب لخياره لأنه قد أقامه بالإذن فيه مقام نفسه، فعلى هذا لا يبطل العتق ويجزىء عن المكفر.

والثاني: أن التخيير يسقط في حق المأمور، وإن كان ثابتاً في حق الآمر، لأنه مخير في ملكه دون المأمور، فعلى هذا يكون عتقه باطلاً؟ والعبد على رقه والكفارة باقية في ذمة الآمر.

فصل:

والثاني: أن يكون مال التكفير ملكاً للمأمور، فقد اختلف الفقهاء في إجزائه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي، أنه يجزىء سواء كان بجعل أو بغير جعل.

والثاني: وهو مذهب مالك، لا يجزىء سواء كان بجعل أو بغير جعل.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة أنه يجزىء إن كان بجعل، ولا يجزىء إن كان بغير جعل.

ودليلنا وإن كان قد مضى في كتاب الظهار مستوفى أنه إن كان بجعل جرى مجرى البياعات، وإن كان بغير جعل جرى مجرى الهبات، والإخراج فيها قبض يلزم به الهبة، ويستقر به البيع، فإن قيل: فكيف يصح ملك الآمر له، حتى يجزئه في كفارته، قيل: قد حكى فيه أبو علي بن أبي هريرة وجهين خرجهما من اختلاف قولي الشافعي في دية النفس، هل يملكها المقتول في آخر أجزاء حياته، أو يملكها الورثة في أول أجزاء موته، ويجري عليها في قضاء ديونه، وإنفاذ وصاياه، حكم ملكه على قولين كذلك ها هنا على وجهين:

أحدهما: أنه يصير بإخراجها مالكاً لها قبل إخراجها، فإن كان عتقاً بأن بالعتق أنه كان ملكاً له قبل العتق، وهو الظاهر من مذهب الشافعي فيما نص عليه في هذا الموضع قال الشافعي لأنه ملكه قبل العتق.

والثاني: أنه ليس بملك، وإنما يجري عليه حكم الملك، لأنه قبل العتق لا يملك، وبعد العتق لا يصح أن يملك، فصار حكم الملك جارياً عليه، وإن لم يملك كما نقول

في حافر البئر إذا تلف فيها حيوان بعد موته كان في حكم الجاني عليه، وإن لم يكن جانياً، لأنه قبل موته لم يجن، وبعد موته لا يصح منه الفعل، فجرى عليه حكمه وإن لم يفعل، ويكون ولاء المعتق للآمر على الوجهين معاً، ومثل هذين الوجهين في التكفير إذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي قيمته، هل يصير مالكاً له قبل إلقائه أم لا على هذين الوجهين:

أحدهما: أننا نعلم قبل إلقائه أنه قد كان مالكاً له قبل إلقائه.

والثاني: أنه لا يصير مالكاً له، وإنما يجري عليه حكم الملك، لأنه قبل الإلقاء لم يملك، وبعد الإلقاء لا يصح أن يملك.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً كَفَّرَ عَنْ رَجُلٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَطْعَمَ أَوْ أَعْتَقَ لَمْ يُجْزِهِ وَكَانَ هُوَ المُعْتِقَ لِعَبْدِهِ فَوَلَاؤُهُ لَهُ».

قال في الحاوي: اعلم أنه لا يخلو حال من كفر عن غيره بغير إذنه من أن يكون مكفراً عن حي أو ميت، فإن كفر عن حي لم يجز الكفارة عن الحي، لأن النية فيها مستحقة، وعدم الإذن مانع من صحة النية، فكان ما أخرجه النائب واقعاً عن نفسه، فإن كان إطعاماً كان صدقة، وإن كان عتقاً كان تطوعاً منه وله ولاؤه، وإن نواه عن غيره كمن حج عن حي بغير أمره، كان الحج واقعاً عن الحاج دون المحجوج عنه.

وقد اختلف الفقهاء في ولاء من أعتق عبده عن غيره، فجعله أبو حنيفة للمعتق بكل حال، وجعل مالك للمعتق عنه بكل حال، وجعله الشافعي للمعتق إن عتق بغير أمره، وللمعتق عنه إن أعتق بأمره، وإن كفر عن ميت فلا يخلو أن يكون بوصية أو بغير وصية، فإن كان بوصية كانت الوصية أمراً، فيصير كالمكفر بأمر، فيكون على ما مضى، وإن كفر عنه بغير وصية منه، فلا يخلو المكفر عنه من أن يموت موسراً أو معسراً، فإن مات موسراً فوجوب الكفارة باق في تركته، فإن كفر عنه منها غير وارث ولا ذي ولاية كان ضامناً متعدياً، ولم يسقط به الكفارة، وإن كفر عنه منها وارث، فإن كان التكفير طعاماً أجزأ، وصار كقضاء الديون الواجبة عنه، وإن كان التكفير عتقاً فضربان:

أحدهما: عتق لا تخيير فيه كعتق كفارة الظهار والقتل، فيجزىء، وإن كان بغير أمر ولا وصية؛ لأنه عتق مستحق، فإذا فات من ضمنه بالموت وجب على من قام مقامه في ماله كالحج لا يجوز أن يحج عنه في حياته إلا بإذنه، ويجب على وارثه الحج عنه فيما وجب بعد موته.

والثاني: أن يكون عتقاً فيه تخيير، كالعتق في كفارة اليمين، ففيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

أحدهما: لا يصح، لأن التخيير فيه يمنع من تعيين وجوبه.

والثاني: يصح، لأنه إذا ناب عن واجب صار واجباً وهذان الوجهان بناء على اختلاف أصحابنا في ما وجب في كفارة اليمين وسائر كفارات التخيير هل وجب بالنص أحدها، أو وجب به جميعها، وله إسقاط الوجوب بأحدهما، فأحد وجهي أصحابنا أن الواجب بالنص أحدها على وجه التخيير، فعلى هذا لا يصح العتق.

والثاني: أن جميعها واجب بالنص، وله إسقاط جميعها بفعل أحدها، فعلى هذا يصح العتق.

وإن مات المكفر عنه معسراً فقد اختلف أصحابنا هل يكون التكفير بعد موته معتبراً بالواجب أو بالتطوع على وجهين:

أحدهما: يكون معتبراً بالواجب فيكون على ما مضى.

والثاني: يكون معتبراً بالتطوع، فيكون على ما يأتي.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ عَنْ أَبَوَيْهِ بَعْدَ المَوْتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِوَصِيَّةٍ مِنْهُمَا».

قال في الحاوي: أما التطوع بذلك عن وصية الميت فجائز، سواء كان عتقاً أو صدقة ويكون الولاء للميت؟ ينتقل عنه إلى الذكور من عصبته، وأما التطوع به عن الميت من غير وصية، فإن كان صدقة جاز من وارث وغير وارث؟ لما روي عن النبي ﷺ أنه أمر سعد بن أبي وقاص «أن يتصدق عن أمه بعد موتها».

وروي أن رجلاً قال: يا رسول الله إن أمي افتلتت، وأظن لو تكلمت لتصدقت، فهل لها من أجر إن تصدقت عنها، قال: نعم».

وأما العتق فإن تطوع به غير وارث لم يجز، والفرق بين الصدقة والعتق أن الصدقة بر محض لا يتعدى إلى غير الثواب، والعتق تكسب ولاء يجري مجرى النسب، لقول النبي ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2] وليس لأحد إلحاق نفسه بغيره، كذلك الولاء وإن كان المعتق وارثاً، فإن تطوع به بعض الورثة، لم يجز كالأجنبي، لأن بعض الورثة لا يجوز أن يلحق بالميت نسباً، وإن تطوع جميع الورثة ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجوز كما لو تطوع به بعضهم.

والثاني: يجوز كما يصح لحوق النسب بالميت إذا أقر به جميع الورثة ولا يصح إذا أقر به بعضهم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ صَامَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ لَمْ يُجْزِهِ لأَنَّ الأَبْدَانَ تُعُبِّدَتْ بِعَمَلٍ فَلَا يُجْزِيءُ أَنْ يَعْمَلَهُ غَيْرُهَا إِلَّا الحج وَالعُمْرَةَ لِلخَبَرِ الَّذِي جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبِأَنَّ فِيهِمَا نَفَقَةً وَلأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إِنَّمَا فَرَضَهُمَا عَلَى مَنْ وَجَدَ السَّبِيلَ إِلَيْهِمَا وَالسَّبِيلُ بِالمَالِ».

قال في الحاوي: أما الصيام عن الحي فلا يجوز إجماعاً بأمر أو غير أمر، عن قادر أو عاجز، للظاهر من قول الله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾﴾ [النّجم: ٣٩] ولأن ما تمحض من عبادات الأبدان لا تصح فيها النيابة، كالصلاة، وخالف الحج، لأنه لما تعلق وجوبه بالمال لم يتمحض على الأبدان، فصحت فيه النيابة كالزكاة.

فأما الصيام عن الميت، فقد وقفه الشافعي في القديم على صحة الخبر المروي فيه أن امرأة سألت رسول الله ﷺ عن صوم نذر كان على أمها؟ فماتت قبل صيامه، فأجاز لها أن تصوم عنها.

وقد حكى أبو علي بن أبي هريرة عن أبي بكر النيسابوري أن الخبر قد صح فصار مذهبه في القديم جواز الصيام عن الميت وهو المذهب مالك وأحمد، وقد روى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»[2]؛ ولأنها عبادة يدخل في جبرانها المال فصحت فيها النيابة كالحج طرداً والصلاة عكساً ودخول المال في جبرانها من وجهين:

أحدهما: جبران الصيام في الوطء بالكفارة.

والثاني: عجز الشيخ الهرم عن الصيام وانتقاله إلى إخراج مد عن كل يوم، وقال في الجديد: إن النيابة في الصيام لا تجوز بحال عن حي ولا ميت، وهو مذهب أبي حنيفة وأكثر الفقهاء؛ لرواية عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «من مات وعليه صيام أطعم عنه وليه» ولأنها عبادة على البدن لا يتعلق وجوبها بالمال، فلا تصح فيها النيابة كالصلاة طرداً، والحج عكساً، فأما الخبر فمعلول وإن صح كان محتملاً أن يريد بالصيام عن الميت الصدقة عن كل يوم بمد.

فصل:

فأما الصلاة عن الميت فقد حكي عن عطاء بن أبي رباح وإسحاق بن راهويه في جوازه، وهو قول شاذ تفردا به عن الجماعة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لما جازت النيابة في ركعتي الطواف إجماعاً جازت في غيرها من الصلوات قياساً.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٧، ٢٢٨).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٤٦)، ومسلم (١٥٣/ ١١٤٧).

والثاني: أنه لما صحت النيابة في الحج والعمرة مع العجز دون القدرة، وصحت في الزكاة مع العجز والقدرة لم تخرج النيابة في الصلاة عن أحدهما، وذهب جمهور الفقهاء وسائر العلماء إلى أن النيابة في الصلاة لا تصح بحال مع قدرة ولا عجز لقول العلماء إلى أن النيابة في الصلاة لا تصح بحال مع قدرة ولا عجز، لقول النبي ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: حج بقضاء، أو دين يؤدى، أو صدقة جارية»[١].

ولأن الصلاة كالإيمان لأنها قول وعمل ونية، ثم لم تجز النيابة في الإيمان إجماعاً فلم تجز في الصلاة حجاجاً، فأما ركعتا الطواف؛ فلأنها تبع لما تصح فيه النيابة فخصت بالجواز، لاختصاصها بالمعنى، وما ذكروه من الحج فقد تقدم اختصاصه بالنيابة لاختصاص وجوبه بالمال.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ اشْتَرَى مِمَّا أَطْعَمَ أَوْ كَسَا أَجْزَتْهُ وَلَوْ تَنَزَّهَ عَنْ ذَلِكَ كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، يكره إن تصدق بصدقة عن واجب أو تطوع أن يشتريها من المعطى، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراد أن يشتري فرساً تصدق به في سبيل الله يقال له: الورد، فقال له النبي ﷺ: «لا تعد في صدقتك ولو أعطيتها بفقير، ودعها حتى تكون هي ونتاجها لك يوم القيامة»[٣]، ولأن من عرف المعطى أن يسمح في بيعها على المعطى، فصار بالابتياع كالراجع في بعض عطيته، فإن ابتاعها صح الابتياع على مذهب الشافعي وأكثر الفقهاء وقال مالك: لا يصح الابتياع وتعاد إلى البائع احتجاجاً بما مضى، ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة»[٤] ذكر منها رجلاً رآها تباع فاشتراها فكان على عمومه ولأنه لما جاز أن يملكها ميراثاً جاز أن يملكها ابتياعاً كغيره من الرجال ولأنه لما جاز أن يملكها ميراثاً جاز أن يملكها ابتياعاً كغيره من الرجال ولأنه لما جاز أن يبتاعها غيره من الرجال جاز أن يكون هو المبتاع كغيرها من الأموال، وما قدمناه من الاستدلال محمول على التنزيه دون التحريم.

مسألة[٥]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ لَا يَسْتَغْنِي عَنْهُ هُوَ وَأَهْلُهُ وَخَادِمٌ أُعْطِيَ مِنَ الكَفَّارَةِ وَالزَّكَاةِ وَإِنْ كَانَ فِي مَسْكَنِهِ فَضْلٌ عَنْ خَادِمِهِ وَأَهْلِهِ الفَضْلُ الَّذِي يَكُونُ بِهِ غَنِياً لَمْ يُعْطَ».

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٨).
(٣) أخرجه أحمد (١/ ٣٧).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) انظر الأم (٥/ ٢٢٨).

قال في الحاوي: إذا كان له مسكن لا يستغني عنه، وخادم لا يجد بداً منه جاز له أن يأخذ من الزكاة والكفارة، وجاز أن يكفر بالصيام دون المال، ولو كان مفلساً بيع ذلك في دينه، وإن لم يبع في كفارته، لأن في حقوق الآدميين مشاحة، وفي حقوق الله تعالى مسامحة، فإن كان في ثمن مسكنه أو في ثمن خادمه فضل يكون به غنياً حرمت عليه الزكاة والكفارة وإن كان فيهما فضل للتفكير بالمال لم يجزه التكفير بالصيام.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا حَنَثَ مُوسِراً ثُمَّ أَعْسَرَ لَمْ أَرَ الصَّوْمَ يُجْزِىء عَنْهُ وَآمُرُهُ احْتِيَاطاً أَنْ يَصُومَ فَإِذَا أَعْسَرَ كَفَّرَ، وَإِنَّمَا أَنْظُرُ فِي هَذَا إِلَى الوَقْتِ الَّذي يَحْنَثُ فِيهِ، وَلَوْ حَنَثَ مُعْسِراً فَأَيْسَرَ أَحْبَبْتُ لَهُ أَنْ يُكْفرَ وَلَا يَصُومَ وَإِنْ صَامَ أَجْزَأَ عَنْهُ لأَنَّ حُكْمَهُ حِينَ حَنَثَ حُكْمُ الصِّيَامِ. قَالَ المِزَنِيُّ: وَقَدْ قَالَ فِي الظِّهَارِ إِنَّ حُكْمَهُ حِينَ يُكَفِّرُ وَقَدْ قَالَ فِي جَمَاعَةِ العُلَمَاءِ إِنْ تَظَاهَرَ فَلَمْ يَجدْ رَقَبَةً أَوْ أَحْدَثَ فَلَمْ يَجِدَ مَاءً فَلَمْ يَصُمْ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي الصَّلَاةِ بِالتَّيَمُّمِ حَتَّى وَجَدَ الرَّقَبَةَ وَالمَاءَ إِنَّ فَرْضَهُ العِتْقُ وَالوُضُوءُ وَقَوْلُهُ فِي جَمَاعَةِ العُلَمَاءِ أَوْلَى بِهِ مِنْ انْفِرَادِهِ عَنْهَا».

قال في الحاوي: اعلم أن الكفارة تختلف باليسار والإعسار ففرض الموسر أن يكفر بالمال وفرض المعسر أن يكفر بالصيام، وقد يختلف اليسار والإعسار، فيكون عند الوجوب موسراً، وعند التكفير معسراً، وقد يكون عند الوجوب معسراً، وعند التكفير موسراً، فاختلف قول الشافعي هل يعتبر بالكفارة حال الوجوب أو يعتبر بها حال الأداء على قولين منصوصين، وثالث مخرج.

أحدها: أن المعتبر بها حال الوجوب وهو المنصوص عليه في هذا الموضوع من كتاب الأيمان، فإذا حنث وهو موسر فلم يكفر بالمال حتى أعسر ففرضه التكفير بالمال دون الصيام وتكون الكفارة باقية في ذمته حتى يوسر فيكفر، ويستحب له أن يعجل بالتكفير بالصيام استظهاراً حذراً من فوات التكفير بالموات لاستدامة الإعسار ولم يسقط عنه فرض التكفير بالصيام، ولو كان معسراً عند الحنث ففرضه التكفير بالصيام، فإن عدل عنه إلى التكفير بالمال أجزأ لأنه عدل عن الأخف إلى الأغلظ، ووجه هذا القول في اعتبار الكفارة بحال الوجوب شيئان:

أحدهما: إلحاقها بالحدود، لقول النبي ﷺ: «وما يدريك لعل الحدود كفارات»(2) والحدود معتبرة بحال الوجوب دون الفعل، لأن العبد إذا زنا فلم يحد حتى أعتق حُدَّ حدَّ العبيد، والبكر إذا زنا فلم يحد حتى أحصن حد حد الأبكار، وكذلك الكفارات.

---

(1) انظر الأم (٥/٢٢٨).

(2) تقدم تخريجه.

والثاني: أن التكفير لذنب متقدم، فاعتبر بحال الوجوب لقربه من سببه.

والثاني: أن المعتبر بالكفارة حال الأداء دون الوجوب نص عليه الشافعي في كتاب الظهار فإذا حنث وهو موسر فلم يكفر حتى عسر كان فرضه التكفير بالصيام، ولو حنث وهو معسر فلم يكفر حتى أيسر كان فرضه التكفير بالمال، ووجه هذا القول في اعتبار الكفارة بحال الأداء شيئان:

أحدهما: إلحاقها بالطهارة، لأن كل واحدة منها ذات بدل فلما اعتبرت الطهارة بحال الأداء فكذلك الكفارة.

والثاني: أنها مواساة فاعتبرت بأقرب الأحوال من مواساته.

والثالث: وهو مخرج أن المعتبر بالكفارة أغلظ الأمرين من حال الوجوب أو حال الأداء، لأنها تكفير عن ذنب، فكانت بالتغليظ أخص، وقد استوفينا هذه المسألة فيما تقدم بفروعها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الكَفَّارَةِ وَالزَّكَاةِ فَلَهُ أَنْ يَصُومَ وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ وَلَا يُعْتِقَ فَإِنْ فَعَلَ أَجْزَأَهُ».

قال في الحاوي: اعلم أن مصرف الكفارات في الفقراء والمساكين خاصة، ومصرف الزكاة في الفقراء والمساكين، وفي بقية أهل السهمان الثمانية فاشترك الفقراء والمساكين في الكفارات والزكوات، واختصت الزكاة ببقية الأصناف دون الكفارات هذا الكلام في مصرفها.

فأما وجوبها، فكل من وجبت عليه الزكاة وجب عليه التكفير بالمال، وقد يجب التكفير بالمال على من لا تجب عليه الزكاة إذا ملك أقل من نصاب، وقد يجب التكفير بالمال على من يحل له الزكاة والكفارة، وهو من وجدها فاضلة عن قوته وقوت عياله، ولا يصير بفضلها غنياً، فيجب عليه التكفير بالمال دون الصيام، ولوجودها في ملكه فاضلة عن كفاية وقته، ويحل له أن يأخذ من الزكوات والكفارات لدخوله في حكم الفقر والمسكنة بعدم الكفاية المستديمة، وقد يسقط التكفير بالمال، ويعدل عنه إلى الصيام من يحرم عليه أخذ الزكاة والكفارة، وهو الجلد المكتسب قدر كفايته في كل يوم من غير زيادة يكفر بالصيام دون المال لعدمه في ملكه، وتحرم عليه الكفارة والزكاة، لاستغنائه عنها بمكسبه.

فإن قيل: فإذا كان الأمر على هذا التفصيل فلم قال الشافعي: ومن له أن يأخذ من الكفارة والزكاة فله أن يصوم؟ وقد قلتم فيما فضلتم: إنه قد يجوز أن يأخذ من الزكاة

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٨).

والكفارة من لا يجوز أن يصوم عنه في الكفارة، فمنه جوابان:

أحدهما: أن الشافعي أشار إلى الأغلب من أحوال الناس، والأغلب ما قاله.

والثاني: أن الشافعي قصد به أبا حنيفة حيث اعتبر الغنى والفقر بوجود النصاب وعدمه، وهو عنده معتبر بوجود الكفاية المستديمة فيكون غنياً، وإن لم يملك نصاباً إذا كان مكتسباً بيديه، ويكون فقيراً وإن ملك نصاباً إذا كان دون كفايته، وقد أوضحنا ذلك في قسمة الصدقات.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا وَمَالُهُ غَائِبٌ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُكَفِّرَ حَتَّى يَحْضُرَ مَالُهُ إِلَّا بِالإِطْعَامِ أَوْ الكُسْوَةِ أَوْ العِتْقِ».

قال في الحاوي: قال المزني جعل حكمه حكم الموسر إذا كان المكفر ذا مال غائب، إما بأن سافر عن مال خلفه ببلده، وإما بأن سافر بالمال وهو مقيم في بلده فلم يقدر على التكفير بالمال لغيبته عنه، فهو على مذهب الشافعي في حكم الموسر، ولا يجوز له الصيام حتى يقدر على ماله فيكفر بالمال.

وقال أبو حنيفة: هو في حكم المعسرين يجوز له أن يكفر بالصيام، لأنه لما حل له أن يأخذ الزكاة والكفارة لحاجته جرى عليه حكم الفقر من كفارته، وهذا خطأ لأن الحاجة مختصة بمكانه، والكفارة معتبرة بإمكانه.

فإن قيل: أفليس المتمع في الحج إذا كان معسراً في مكة موسراً في بلده كفر بالصيام كالمعسر، فهلا كان كذلك في كفارة الأيمان قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن مكان الدم في التمتع مستحق بمكة، فاعتبر يساره أو إعساره بها ومكان الإطعام في غيره مطلق فاعتبر يساره وإعساره على الإطلاق.

والثاني: أن الصوم في كفارة التمتع للزمان في صوم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع فكان في تأخيره فوات بدله، وليس لصيام اليمين زمان معين يفوت بتأخيره فافترقا.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حاله في كمال فروضه من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يفوت بتأخيره إلى حال الكمال، وذلك مثل صلاة العريان والمتيم وكفارة المتمتع، ففرضه تعجيل أدائه على غنى.

والثاني: ما لا يفوت بتأخيره ولا يدخل عليه ضرر بالتأخير مثل كفارة اليمين والقتل وزكاة الفطر ففرضه إذا قدر على الكمال أن يؤخره إلى حال الإمكان.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٨).

والثالث: ما لا يفوت بتأخيره، لكن يلحقه بالتأخير ضرر مثل كفارة الظهار يلحقه بتأخيرها ضرر في امتناعه من الجماع ففيه وجهان:

أحدهما: يجب تأخيرها باليسار في بلده حتى يعتق لأنه غنى.

والثاني: يجوز أن يجعل التكفير بالصيام؛ لأنه مستنصر، وهكذا حكمه لو كان ضالاً أو مغصوباً لا يجوز أن يكفر حتى يقدر على ماله فيكفر به، فإن تلف ماله قبل وصوله إليه لم يخل حاله من أحد أمرين:

أحدهما: أن يقدر على التكفير له قبل وصوله إليه بأن يكاتب أو يراسل إلى بلد المال بالتكفير عنه، فلا يفعل حتى يتلف المال فهذا في حكم من كان موسراً عند الوجوب معسراً عند الأداء فيكون في تكفيره بالصيام على قولين:

أحدهما: يجوز أن يكفر به إذا اعتبر بها حال الأداء.

والثاني: لا يجوز أن يكفر إلا بالمال إذا اعتبر بها حال الوجوب.

والثانية: أن لا يقدر على التكفير بالمال حتى يتلف فيجزئه التكفير بالصيام قولاً واحداً لأعساره في حالتي وجوبها وأدائها والله أعلم.

باب ما يجزىء من الكسوة في الكفارة

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأَقَلُّ مَا يُجْزِىءُ مِنَ الكُسْوَةِ كُلُّ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ كُسْوَةٍ مِنْ عَمَامَةٍ أَوْ سَرَاوِيلَ أَوْ إِزَارٍ أَوْ مَقْنَعَةٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ لِرَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ أَوْ صَبِيٍّ وَلَوْ اسْتَدَلَّ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ مِنَ الكُسْوَةِ عَلَى كُسْوَةِ المَسَاكِينِ لَجَازَ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِمَا يَكْفِيهِ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ أَوْ فِي السَّفَرِ مِنَ الكُسْوَةِ وَقَدْ أَطْلَقَهُ اللَّهُ فَهُوَ مُطْلَقٌ».

قال في الحاوي: خير الله تعالى المكفر عن اليمين بين ثلاثة أشياء: إطعام عشرة أو كسوة عشرة مساكين، أو عتق رقبة، وقد مضى الكلام في الإطعام فأما الكسوة فليس لها أقل تعتبر به، فاختلف الفقهاء فيها على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو قول عبد الله بن عمر أنه لا يجزىء فيها أقل من ثلاثة أثواب، قميص ومئزر ورداء.

والثاني: وهو قول أبي موسى الأشعري أنه لا يجزىء فيها أقل من ثوبين، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين.

والثالث: وهو قول إبراهيم النخعي أنه لا يجزىء إلا كسوة ثوب جامع كالمحلفة والكساء.

والرابع: وهو قول مالك: أنه لا يجزىء من الكسوة إلا ما تجزىء فيه الصلاة إن

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٨).

كان الرجل، فما يستر به ما بين سرته وركبته، وإن كانت امرأة فما تستر به جميع بدنها.

والخامس: وهو قول الشافعي وأبي حنيفة: أنه كسوة ثوب واحد ينطلق عليه اسم الكسوة ستر العورة أو لم يسترها، وبه قال ابن عباس ومجاهد وطاوس وعطاء، والدليل على أن أصح الأقاويل ما ذهب إليه الشافعي وأبو حنيفة من ثوب واحد ينطلق عليه اسم الكسوة سواء ستر العورة، وأجزأت فيه الصلاة أم لا؟ لأمرين:

أحدهما: التزم بقيمة متفق عليه، وما يجاوزه التزام زيادة يختلف فيها، فاعتبر الأصل في براءة الذمة.

والثاني: أنه لا يخلو إطلاق الكسوة من اعتبارها بما انطلق عليه الاسم أو بما دعت إليه الحاجة فلم يلزم اعتبارها بما دعت إليه الحاجة؛ لأنها تدعو إلى ما يدفيء من البرد في الشتاء، ويقي من الحر في الصيف، وإذا لم يغير ما دعت إليه حاجة الشتاء والصيف كان أولى أن لا يغير ما ذهب إليه مالك من ستر العورة وإجزاء الصلاة من وجهين:

أحدهما: خروجه من اعتبار الاسم وهو أصل عن اعتبار الكفاية وهي عرف.

والثاني: أنه لو أعطاه من رقيق الثياب ما يعم العورة ولا يسترها لرقته أجزأه، وإن لم تجز فيه الصلاة، ولأنه لما استوى قدر الإطعام في الرجال والنساء وجب أن يستوي قدر الكسوة فيهما وفي اعتبار ستر العورة يوجب اختلاف القدر فيهما لاختلاف العورة منهما فكان ذلك مدفوعاً، وإذا بطل بما ذكر أن يعتبر ما زاد على انطلاق الاسم ثبت أن ما انطلق اسم الكسوة عليه هو المعتبر فنقول: كساه قميصاً أو كساه منديلاً وكساه سراويل وكذلك المقنعة والخمار فأجزأه ذلك كله، وقال أبو يوسف: لا تجزئه السراويل، لأنه تبع لغيره، وهذا فاسد بالعمامة والمنديل، فأما القلنسوة ففي إجزائها وجهان؟

أحدهما: يجوز لأنها من حملة ما يكتسى.

والثاني: لا يجوز لأنها زيادة ولا ينفرد بلباسها، وقال أبو الغياض البصري: إن كانت صغيرة تغطى نصف الرأس لم تجز وإن كانت كبيرة تعم الرأس وتغطي الآذان والقفا أجزأت ولا يجزىء أن يعطى خفين، ولا نعلين ولا تكة، ولا ما يلبس من العصائب ولا تجزىء منطقة ولا مكعب ولا هميان لخروج ذلك عن الكسوات الملبوسة.

فصل:

وما أعطى من ثياب قطن أو كتان أو شعر أجزأ فأما ثياب الحرير والإبريسم، فيجوز أن يعطاه النساء لإحلاله لهن، وكذلك الصبيان، وفي جواز إعطائه للرجال وجهان:

أحدهما: لا يجوز لتحريم لبسه عليهم.

والثاني: يجوز وهو أصح؛ لأنه يجوز أن يعطى للرجال ثياب النساء، ويعطى النساء ثياب الرجال، وسواء بياض الثياب ومصبوغها، وخامها، ومقصورها، وجديدها وغسيلها فأما اللبيس منها، فإن أذهب اللبس أكثر منافعه لم يجزه وإن أذهب أقلها أجزأه كالرقبة

المعيبة إن كان عيبها يضر بالعمل إضراراً بيناً لم يجزه، وإن لم يضر بالعمل إضراراً بيناً أجزأه ويجوز أن يعطيهم ثوباً نجساً، لأنه يطهر بالغسل، لكن عليه أن يعلمهم بنجاسته حتى لا يصلوا فيه، إلا بعد غسله، ولا يجوز أن يعطيهم ما نسخ من صوف ميتة، ولا من شعرها؟ لعموم تحريمه وخصوص الانتفاع به، وأن لا سبيل إلى طهارته.

فصل:

ولا يجوز أن يعطى الزلالى والبسط والأنطاع، لخروجها عن اسم الكسوة والملبوس، وكذلك لا يجوز أن يعطيهم غزلاً غير منسوج فأما لباس الجلود والفراءة فإن كان في بلد يلبس أهله ذلك أجزأ وإن كان في بلد لا يلبسه أهله، ففيه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في أجناس الحبوب في الإطعام هل يكون مخيراً فيها أو يعتبر بالغالب منها، وكذلك قميص اللبود، ولكن يجزىء أن يعطيهم الأكسية لأنها تلبس دثاراً، وإن لم تلبس شعاراً ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً طويلاً فإن دفعه إليهم بعد قطعه أجزأه، لأنه قد صارت كل قطعة منه كسوة، وإن دفعه إليهم صحيحاً لم يجزه، لأنه ثوب واحد، فلم يكن إلا كسوة واحدة والله أعلم.

باب ما يجوز في عتق الكفارات وما لا يجوز

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا يُجْزِىءُ رَقَبَةٌ فِي كَفَّارَةٍ وَلَا وَاجِبٍ إِلَّا مُؤْمِنَةٌ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن العتق في الكفارات لا يجزىء إلا في رقبة مؤمنة وهو قول الأكثرين، وقال أبو حنيفة: يجزىء عتق الكافرة في جميعها إلا في كفارة القتال، لأن الله تعالى شرط إيمانها فحمل الشروط على تقييده، والمطلق على إطلاقه، ومن أصل الشافعي أن كل مطلق قيد بعض جنسه بشرط كان جميع المطلق محمولاً على تقييد ذلك الشرط، كما أطلق قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، وقيد قوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطّلَاق: ٢]، فحمل ذلك المطلق على هذا المقيد في اشتراط العدالة، واختلف أصحابنا فيما ذهب إليه الشافعي من حمل المطلق على المقيد، هل قاله لغة أو شرعاً على وجهين:

أحدهما: أنه قاله من طريق اللغة وما يقتضيه لسان العرب الذي جاء به الشرع ما لم يصرف عنه دليل.

والثاني: أنه قال من طريق الشرع وما دلت عليه نصوص الكتاب والسنة، واختلف من قال بهذا على وجهين:

أحدهما: يجمع بينهما بالإطلاق إلا أن تفرقا في المعنى.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٢٩).

والثاني: أن لا يجمع بينهما إلا بعد اشتراكهما في المعنى، ثم من الدليل أنه عتق في كفارة، فوجب أن لا يجزىء فيه إلا مؤمنة، كالعتق في كفارة القتل. ولأن كل رقبة لا يجزىء عتقها في كفارة القتل لم يجز عتقها في سائر الكفارات، قياساً على المعيبة وقد مضت هذه المسألة في كتاب الظهار مستوفاة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَقَلُّ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الإِيْمَانِ عَلَى الأَعْجَمِيِّ أَنْ يَصِفَ الإِيْمَانَ إِذَا أُمِرَ بِصِفَتِهِ ثُمَّ يَكُونَ بِهِ مؤْمِناً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا ثبت أن الإيمان شرط في عتق الكفارة فإيمانها على ضربين:

أحدهما: إيمان فعل.

والثاني: إيمان حكم، فأما إيمان الفعل فلا يكون إلا من بالغ عاقل، تؤخذ عليه شروط الإيمان قطعاً، وشروطه أن يتلفظ بالشهادتين فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله، قال الشافعي: «ويقر بالبعث والجزاء، ويبرأ من كل دين خالف الإسلام، فأما إقراره بالبعث والجزاء فمستحب، وليس يقف إيمانه على إقراره، لأنه من موجبات الإيمان، وأما براءته من كل دين خالف الإسلام فقد اختلف أصحابنا في وجوبه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه شرط فيه كالشهادتين.

والثاني: أنه مستحب كالبعث.

والثالث: أنه إن كان من قوم ينكرون نبوة محمد ﷺ، كان إقراره بنبوته يغني عن براءته من كل دين خالف الإسلام، ويكون اشتراط ذلك فيه مستحباً، وإن كان من قوم يعتقدون أنه مبعوث إلى قومه من العرب دون غيرهم كيهود خيبر، فإنهم كانوا يقولون: هو مبعوث إلى الأميين من العرب دوننا، وإنما ننتظر مبعوثاً إلينا من ولد إسحاق فتكون البراءة من كل دين خالف الإسلام شرطاً في صحة إيمانه، وبهذا قال أبو علي بن أبي هريرة فإذا صح ما يكون شرطاً في إيمانه نظر فإن كان عربي اللسان تلفظ به نطقاً ولا نقتنع منه بالإشارة مع سلامة لسانه وفهم كلامه، وإن كان أعجمي اللسان نظر، فإن حضر من يفهم لسانه لم يكن مؤمناً إلا بالنطق دون الإشارة كالعربي، وإن لم يحضر من يفهم لسانه دعت الضرورة إلى أن تؤخذ عليه شروط الإسلام، بالإشارة دون النطق كالأخرس، وروي أن معاوية بن الحكم جاء إلى النبي ﷺ بعبد أعجمي جليب؟ فقال: يا رسول الله: إني نذرت أن أعتق رقبة مؤمنة أفيجزىء هذا فقال له النبي ﷺ: «من ربك، فأشار إلى

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).

السماء، أي: رب السماء؟ فقال: من نبيك، فأشار إليه، فقال له النبي ﷺ: «أعتقه فإنه مؤمن»[١].

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُجْزِىءُ فِيهِ الصَّغِيرُ إِذَا كَانَ أَبَوَاهُ مُؤْمِنِينَ أَوْ أَحَدُهُمَا».

قال في الحاوي: وأما إيمان الحكم، فمعتبر فيمن لا يحكم بقوله في صغير أو مجنون، فيكون الصغير مسلماً بإسلام أبويه.

وقال مالك: لا يصير مسلماً بإسلام أمه وحدها، وإن صار مسلماً بإسلام أبيه وحده، اعتباراً بلحوق نسبه بأبيه دون أمه، كذلك في الإسلام، لأن أحكامه في اتباع أبويه تنقسم قسمين:

أحدها: ما كان فيها تابعاً لأبيه دون أمه، وهو النسب.

والثاني: ما كان فيها تابعاً لأمه دون أبيه، وهو الحرية والرق، فأما ما ينفرد به كل واحد من الأبوين، فخارج من القسمين، ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١]، فأخبر أن الأولاد يتبعون الآباء والأمهات في الأيمان، وقال النبي ﷺ: «الإسلام يعلو، ولا يعلى»[٣] وقد خلق الولد من ماء الأبوين، فإذا اجتمع فيه إسلام أحدهما وكفر الآخر وجب أن يعلو الإسلام على الكفر، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه، أو يمجسانه»[٤] فجعل اجتماع أبويه سبباً لشهوده فخرج بإسلام أحدهما من اليهودية؟ ولأنه لو افترق حكم أبويه في إسلامه لكان اعتباره بأمه أحق، لأنه منها قطعاً، ومن أبيه ظناً.

فأما السبب فلا يلزم لأن حكمه في التحريم معتبر لكل واحد منهما فصار بالدين أشبه، وأما استدلالهم بتقسيم الحكمين فقد يقترن بهما ثالث وهو أن حرية الأب توجب حرية الولد إذا وطئها بملك اليمين، ورق الأم يوجب رق الولد إذا وطئها بعقد النكاح، فصارت الحرية والرق معتبرين بكل واحد من الأمرين فكذلك الإسلام ويصير هذا قسماً ثالثاً.

فصل:

فإذا صح إسلام الصغير المجنون بإسلام كل واحد من أبويه فعتق الصغير في الكفارة مجزىء، وإن كان ناقص العمل بخلاف الزمن؟ لأن نقص الصغير يزول، ونقص الزمانة لا يزول، سواء كان الصغير مستقلاً بنفسه، مستغنياً عن التربية كالمراهق، أو كان طفلاً يربى كالرضيع؟ لأنه ينشأ ويستكمل ونفقته بعد عتقه في بيت المال وفي الصدقات

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).
(٣) تقدم تخريجه مراراً.
(٤) تقدم تخريجه.

ولا يجب على معتقه ولو تبرع بها حتى يبلغ هو الاكتساب كان أولى وإن لم تجب، فأما عتق المجنون فلا يجزىء إن كان جنونه مستديماً طبعاً وكذلك المعتوه، وإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان، فإن كان زمان جنونه أكثر من زمان إفاقته، أو كانا سواء لم يجزه عتقه، وإن كان زمان إفاقته أكثر من جنونه، ففي إجزاء عتقه وجهان:

أحدهما: يجزىء كما يجزىء عتق من قل عيبه.

والثاني: لا يجزىء، لأن قليل الجنون يصير كثيراً، فأما عتق الأحمق فيجزىء، لأنه يستهل بتدبير غيره، وأما عتق الفاسق فمجزىء لإجزاء أحكام الإسلام عليه.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَوَلَدُ الزِّنَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، لأنه صحة الأنساب في عتق الكفارات غير معتبر؟ ولأن سلامة بدنه وصحة عمله مماثل لذوي الأنساب؟ ولأنه لما لم يكن ذلك عيباً في نقصان ثمنه، فأولى أن لا يكون عيباً في إجزاء عتقه، وأحسب الشافعي قال ذلك، ونص عليه، بخلاف شذ من بعض السلف تمسكاً بقول النبي ﷺ: «ولد الزنا شر الثلاثة» ولا دليل فيه، لأنه غير مستهل على ظاهره، وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه شرهم نسباً.

والثاني: أنه شرهم إذا زنا لأنه صار مع شر نسبه زانياً.

مسألة(2):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكُلُّ ذِي نَقْصٍ بِعَيْبٍ لَا يَضُرُّ بِالعَمَلِ إِضْرَاراً بَيِّناً مِثْلَ العَرَجِ الخَفِيفِ وَالعَوَرِ والشَّلَلِ فِي الخِنْصَرِ وَنَحْوَ ذَلِكَ وَلَا يُجْزِىءُ المُقْعَدُ وَلَا الأَعْمَى وَلَا الأَشَلُّ الرِّجْلِ وَيُجْزِىءُ الأَصَمُّ وَالخَصِيُّ وَالمَرِيضُ الَّذِي لَيْسَ بِهِ مَرَضٌ زَمَانَةٍ مِثْلَ الفَالِجِ وَالسُّلِّ».

قال في الحاوي: اعلم أن الله تعالى أطلق عتق الرقبة في الكفارة فاقتضى إطلاقها أحد أمرين: إما السلامة من جميع العيوب كالغرة في الجنين والإبل من الدية، وإما جوازها مع كل العيوب اعتباراً بمطلق الاسم كالنذور، لكن انعقد فيها إجماع منع من اعتبار أحد هذين الأصلين لأنهم أجمعوا على أن من ذوات العيوب ما يجزىء، وهي العوراء والبرصاء والجدعاء، ومن ذوات العيوب ما لا يجزىء، وهي العمياء والقطعاء والشلاء، فاعتبرنا معنى ما أجاوزه، ومعنى ما ردوه، فوجدناهم قد أجازوا منها ما لا يضر بالعمل إضراراً بيناً وردوا منها ما يضر بالعمل إضراراً بيناً، فصار هذا أصلاً عقده

---

(1) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).

(2) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).

الإجماع في الكفارة خارجاً عن الأصلين في إطلاقها فاعتبروا كمال المنفعة دون كمال الصفة، لأن المقصود بالعتق تمليك الرقبة منافع نفسها، فاعتبرنا كمال ما توجه إليه التمليك من المنافع دون الصفات، فإذا صار هذا أصلاً معتبراً انساق عليه التفريع، فقلنا: إن العوراء تجزىء بكمال منافعها؟ وإنها تدرك بإحدى العينين ما تدركه بهما، فإن قيل: فقد منع الشرع من الأضحية بالعوراء قيل: لأنه قصد به كمال اللحم واستطابته في الأضحية والعور مؤثر فيه، فمنع منه، ولم يمنع مما قصد به كمال المنفعة في العتق فأجيز فيه. وإذا أجزأت العوراء في عتق الرقبة فأولى أن يجزىء عتق الحولاء والخيفاء والمقطوعة الأنف والأذنين والبرصاء، لأن كل هذه العيوب غير مضرة بالعمل، وكذلك يجزىء عتق الخرساء، وعتق الصماء، لأن عملها كامل والإشارة معهما تقوم مقام النطق، فإن لم يفهما الإشارة لم يجز عتقهما، فإن الشافعي أجاز في موضع عتقهما ومنع منه في موضع آخر، وليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالهما في فهم الإشارة، فأما إن اجتمع فيهما الخرس والصمم لم يجز، لأن اجتماعهما مؤثر من العمل ومقتضى عرفهم الإشارة ولا يجزىء عتق العمياء لإضرار العمى بالعمل، ولا يجوز عتق المقطوعة اليدين أو إحداهما ولا عتق المقطوعة الرجلين أو إحداهما، بخلاف العوراء، لأن ذهاب إحدى اليدين مضر بالعمل، وكذلك إحدى الرجلين وذهاب إحدى العينين غير مضر بالعمل، ويجزىء عتق العرجاء إذا كان عرجها قليلاً، ولا يجزىء إذا كان كثيراً، لأن قليله غير مضر؟ وكثيره مضر، وتجزىء المقطوعة الخنصر أو البنصر من إحدى الأطراف، أو الخناصر والبناصر من الأطراف كلها ولا يجزىء إذا اجتمع قطع الخنصر والبنصر من طرف واحد، ويجوز إن كانا من طرفين؛ لأن اجتماعهما مضر وافتراقهما غير مضر، ولا تجزىء المقطوعة الإبهام أو السبابة أو الوسطى، لأن قطع كل واحدة من هذه الأصابع الثلاث مضر، فأما قطع الأنملة الواحدة فيمنع منها إن كانت في الإبهام ولا يمنع منها إن كانت في غيرها من الأصابع، لأن الباقي من أنامل غير الإبهام أكثر بخلاف الإبهام والشلل في الأطراف كالقطع فما منع منه القطع منع منه الشلل، وما جاز مع القطع جاز مع الشلل، فإذا لم تجز القطعاء فأولى أن لا تجزىء المقعدة ولا ذات الزمانة، وأما المريضة فإن كان مرضها مرجواً كالحمى والصداع أجزأت وإن ماتت، وإن كان مرضها غير مرجو كالسل والفالج لم تجز وإن صحت، وأما عتق الشيخ والعجوز، فعتقهما مجزىء، ما لم ينتهيا إلى الهرم المضر بالعمل، فلا يجزىء، وسواء في الإجزاء أعتق ذات الضعة وغير ذات الضعة، ويجزىء عتق الخصي والمجبوب لكمال عملهما، وكذلك يجزىء عتق الخنثى، فأما عتق الجذماء فإن كان الجذام في الأنف والأذن أو الشفة أجزأت، وإن كان في أطراف البدن والرجلين لم يجز، لأنه مضر بالعمل في الأطراف وغير مضر بالعمل في غير الأطراف ويجزىء عتق الأبرص والبرصاء لأنه غير مضر بالعمل، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ لَمْ يُجْزِهِ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا الوَالِدُ وَالمَوْلُودُونَ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن من ملك أحداً من والديه أو مولوديه عتق عليه، ولا يعتق عليه غيرهما من ذوي الأنساب، وأعتق عليه أبو حنيفة كل ذي رحم محرم وسائر الكلام معه في كتاب العتق، وإن ما مضى في كتاب الظهار، وذكرنا أن من اشترى من يعتق عليه ناوياً به العتق عن كفارته لم تجزه، وأجازه أبو حنيفة وقد مضى الكلام معه في كتاب الظهار لكن اختلف أصحابنا في تعليل ما قاله الشافعي في المنع من إجزائه على وجهين:

أحدهما: هو أن الله تعالى أوجب عليه تحرير رقبة، وهذا يعتق عليه بغير تحرير منه، فلم يجزه لعدم ما لزمه من فعل التحرير.

والثاني: أن تعليل المنع من إجزائه أن الرقبة الواحدة لا يجزىء عتقها بسببين حتى يكون مقصوراً على أحدهما، وهذا عتق بسببين، فكان مقصوراً على أثبتهما.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ اشْتَرَى رَقَبَةً بِشَرْط يُعْتِقُهَا لَمْ تُجْزِ عَنْهُ».

قال في الحاوي: قد مضت هذه المسألة في كتاب البيوع إذا شترى عبداً بشرط العتق فالشافعي في البيع والشرط ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن البيع والشرط باطلان، وهو مذهب أبي حنيفة، فعلى هذا إن أعتقه عن كفارة لم يجزه، لأنه أعتق ما لم يملك، وقال أبو حنيفة: يجزئه، ويكون مأخوذاً بعتقه، لأجل الشرط حكاه أبو ثور عن الشافعي احتجاجاً بأن عائشة رضوان الله عليها اشترت بريرة بشرط العتق فأجاز رسول الله ﷺ البيع وأمضي الشرط، فعلى هذا لا يجزئه عتقه عن كفارته، لأنه يصير عتقاً بسببين، ولا يجزىء في الكفارة إلا عتق رقبة يختص بسببها.

والثالث: أن البيع جائز والشرط باطل ولا يلزمه عتقها عن غير الكفارة، فعلى هذا إن أعتقها في الكفارة ففي إجزائها وجهان:

أحدهما: تجزىء، لأنه عتق بسبب واحد، وهو التكفير.

والثاني: أنها لا تجزىء لأن الشرط قد أخذ من الثمر قسطاً، فصار العتق في مقابلة عوض فجرى مجرى العتق بسببين، وخرج عما انفرد عتقه عن التكفير.

مسألة[3]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُجْزِىءُ المُدَبَّرُ وَلَا يَجُوزُ المُكَاتَبُ حَتَّى يَعْجَزَ فَيُعْتَقَ بَعْدَ العَجْزِ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٢٩).

وَيُجْزِئُ الْمُعْتَقُ إِلَى سِنِينَ وَاحْتَجَّ فِي كِتَابِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى مَنْ أَجَازَ عِتْقَ الذِّمِّيِّ فِي الْكَفَّارَةِ بِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمَّا ذَكَرَ رَقَبَةً فِي كَفَّارَةٍ فَقَالَ: «مُؤْمِنَةٍ، ثُمَّ ذَكَرَ رَقَبَةً أُخْرَى فِي كَفَّارَةٍ كَانَتْ مُؤْمِنَةً لأَنَّهُمَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَنَّهُمَا كَفَّارَتَانِ وَلَمَّا رَأَيْنَا مَا فَرَضَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ مَنْقُولاً إِلَى الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ مَالِهِ فَرْضاً عَلَيْهِ فَيُعْتَقَ بِهِ ذِمِّيًّا مُؤْمِناً».

قال في الحاوي: أما المدبر فيجزىء عتقه عن الكفارة لبقائه على الرق، وجواز بيعه، ومنع أبو حنيفة من إجزائه لمنعه من جواز بيعه وسائر الكلام معه في كتاب المدبر، وكذلك المعلق عتقه بصفة إذا عجل عتقه عن كفارة أجزأه سواء كانت الصفة معلقة بالزمان، كقوله: إذا هل شهر كذا فأنت حر كانت الصفة معلقة بالفعل، كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر، وإنما أجزأه إلحاقاً له بالمدبر، كما أن بيعه يجوز كالمدبر، ولكن لو نوى فيه أن يصير بمجيء الصفة حراً عن كفارته لم يجزه لأنه يصير معتقاً بسببين، وتعجيل عتقه قبل الصفة يجعله معتقاً بسبب واحد فأما عتق أم الولد فلا يجزىء عن الكفارة.

واختلف أصحابنا في تعليل هذا المنع، فقال بعضهم: التحريم بيعها، وقال آخرون: استحقاق عتقها بالولادة يجعلها معتقة بسببين وأما عتق المكاتب قبل عجزه فلا يجزىء وقال أبو حنيفة: إن لم يؤد شيئاً من نجومه أجزأه، وإن أدى شيئاً منها لم يجزه، وقد ذكرناه في كتاب الظهار، فأما إن عجز عن الأداء فأعتقه بعد التعجيز أجزأه لأنه قد عاد إلى الرق في جواز البيع، وجميع الأحكام، فأما إذا أعتق شقصاً له من عبد ينوي به الكفارة، وكان موسراً عتق عليه جميعه، وأجزأه منه قدر حصته، وفي إجزاء حصة شريكه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجزئه لأنه يعتق عليه بغير التكفير فصار عتقاً بسببين:

والثاني: يجزئه، لأن عتقه تبع لعتق حصته، فجرى عليه حكمها في الإجزاء.

والثالث: أنه إن نوى عند عتق حصته عتق جميعه عن كفارته أجزأه، وإن قصر نيته على عتق حصته وحدها لم يجزه، وإذا أكمل عتق رقبة من عبدين أعتق من كل واحد نصفه، وفي إجزائه وجهان مضيا.

وفيه رابع: أنه إن كان الباقي من كل واحد منهما حراً أجزأه، وإن كان الباقي منهما مملوكاً لم يجزه، فأما إذا أعتق عبداً مرهوناً أو جانياً، فإن قيل ببطلان عتقهما على ما ذكرناه من الأقاويل فيها لم يجزه، وإن قيل بجواز عتقهما أجزأه عن كفارته ثم ختم المزني الباب بالاحتجاج على أبي حنيفة والمنع من إجزاء عتق الكافر بما مضى وبالله التوفيق.

باب الصيام في كفارة الأيمان المتتابع وغيره

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «كُلُّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ لَيْسَ بِمَشْرُوطٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ أَنْ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٩، ٢٣٠).

يَكُونَ مُتَتَابِعاً أَجْزَأَهُ مُتَفَرِّقاً قِيَاساً عَلَى قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ذِكْرُهُ: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البَقَرَة: ١٨٤] وَالعِدَّةُ أَنْ يَأْتِي بِعَدَدِ صَوْمٍ لَا وَلَاءٍ وَقَالَ فِي كِتَابِ الصِّيَامِ إِنَّ صِيَامَ كَفَّارَةِ اليَمِينِ مُتَتَابِعٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَلْزَمُ لَهُ لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ شَرَطَ صَوْمَ كَفَّارَةِ المُتَظَاهِرِ مُتَتَابِعاً وَهَذَا صَوْمُ كَفَّارَةٍ مِثْلَه كَمَا احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِشَرْطِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ رَقَبَةَ القَتْلِ مُؤْمِنَةً قَالَ المُزَنِيُّ فَجَعَلَ الشَّافِعِيُّ رَقَبَةَ الظِّهَارِ مِثْلَهَا مُؤْمِنَةً لأَنَّهَا كَفَّارَةٌ شَبِيهَةٌ بِكَفَّارَةٍ فَكَذَلِكَ الكَفَّارَةُ عَنْ ذَنْبٍ بِالكَفَّارَةِ عَنْ ذَنْبٍ أَشْبَهُ مِنْهَا بِقَضَاءِ رَمَضَان الَّذِي لَيْسَ بِكَفَّارَةٍ عَنْ ذَنْبٍ فَتَفَهَّمْ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن الصوم في كفارة الأيمان مترتب لا يجزىء إلا بعد العجز عن الإطعام والكسوة والعتق لقول الله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المَائدة: ٨٩]، وهل يكون تتابع صومها شرطاً في صحتها أم لا على قولين:

أحدهما: نص عليه في كتاب الصيام، وهو قول أبي حنيفة والعراقيين واختاره المزني أن التتابع شرط في صيامها، فإن صام متفرقاً لم يجزه استدلالاً بقراءة ابن مسعود: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» وقراءة أبي: «فصيام ثلاثة أيام متتابعة» والقراءة الشاذة تقوم مقام خبر الواحد في وجوب العمل، لأنها منقولة عن الرسول، ولأنه صوم تكفير فيه عتق، فوجب أن يكون التتابع من شرطه قياساً على كفارة القتل والظهار، لما ذكره المزني أن من أصل الشافعي حمل المطلق على ما قيد من جنسه كما حمل إطلاق العتق في كفارة الأيمان على ما قيد في كفارة القتل من الأيمان فلزمه أن يحمل إطلاق هذا الصيام على ما قيد من تتابعه في القتل.

والثاني: نص عليه في هذا الموضع، وهو قول مالك والحجازيين أن التتابع استحباب وليس بواجب وأن صومه متفرقاً جائزاً استدلالاً بما ورد به القرآن من إطلاق صيامها فاقتضى الظاهر إجزاء صيامها في حالتي تتابعها وتفريقها، ولا يجب حمله على المقيد من كفارة الظهار كما ألزمه المزني لتردد هذا الإطلاق بين أصلين يجب التتابع في أحدها وهو كفارة الظهار، ولا يجب في الآخر وهو قضاء رمضان فلم يكن أحد الأصلين في التتابع بأولى من الآخر في التفرق.

ولأنه صوم يتردد موجبه بين إباحة خطر، فوجب أن لا يستحق فيه التتابع قياساً على قضاء رمضان، فأما قراءة ابن مسعود وأبي فإنما تجري في وجوب العمل بها مجرى خبر الواحد، إذا أضيفت إلى التنزيل وإلى سماعها من الرسول ﷺ فأما إذا أطلقت جرت مجرى التأويل دون التنزيل، ثم لو سلمت لحملت على الاستحباب وإطلاقها على الجواز، وأما كفارة القتل فلما تغلظ صومها بزيادة العدد تغلظ بالتتابع، ولما تخفف صوم كفارة اليمين بنقصان العدد تخفف بالتفرقة.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا كَانَ الصَّوْمُ مُتَتَابِعاً فَأَفْطَرَ فِيهِ الصَّائِمُ أَوْ الصَّائِمَةُ مِنْ عُذْرٍ وَغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَا الصِّيَامَ إِلَّا الحَائِضَ فَإِنَّهَا لَا تَسْتَأْنِفَ وَقَالَ فِي القَدِيمِ: المَرَضُ كَالحَيْضِ وَقَدْ يَرْتَفِعُ الحَيْضُ بِالحَمْلِ وَغَيْرِهِ كَمَا يَرْتَفِعُ المَرَضُ قَالَ وَلَا صَوْمَ فِيمَا لَا يَجُوزُ صَوْمُهُ تَطَوُّعاً مِثْلَ يَوْمِ الفِطْرِ وَالأَضْحَى وَأَيَّامِ التَّشْرِيقِ».

قال في الحاوي: وصورتها أن يجب عليه صوم متتابع في كفارة قتل أو إظهار فيفطر في أثناء صيامه، وإن كان أكثر من باقيه فلا يخلو فطره من أن يكون بعذر أو غير عذر، فإن أفطر بغير عذر أبطل به التتابع ولم يعتد بما تقدم من صيامه، وإن كان أكثر من باقيه، واستأنف صوم شهرين متتابعين، وإن أفطر بعذر فالأعذار ضربان:

أحدهما: ما كان من أعذار الأبدان.

والثاني: ما كان من أعذار الزمان، فأما أعذار الأبدان فأربعة أعذار:

أحدها: الحيض، فهو مناف للصوم، فإذا دخلت المرأة في صيام شهرين متتابعين بكفارة قتل ثم حاضت في تضاعيفها لا يبطل به تتابع صيامها وتبنى على ما مضى من صيامها بعد انقطاع حيضها لعلتين:

إحداهما: أنه فطر بعذر، لا يقدر معه على الصيام.

والثانية: أن طرق الحيض معتاد لا يسلم لها في العرف صيام شهرين لا حيض فيها.

والثاني: المرض تفطر به في تضاعيف صيامها فهل ينقطع به التتابع أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو القديم أنه يجوز معه البناء ولا ينقطع به التتابع كالحيض، تعليلاً بأنه فطر بعذر، لا يمكن معه الصوم.

والثاني: وهو الجديد يجب معه الاستئناف، وينقطع به التتابع، تعليلاً بأنه لا يعتاد استمراره.

والثالث: الفطر بالسفر.

فإن قيل: إن الفطر بالمرض يقطع التتابع، فالفطر بالسفر أولى أن يقطعه.

وإن قيل: إن الفطر بالمرض لا يقطع التتابع ففي قطعه بالسفر قولان:

أحدهما: لا يقطعه، ويجوز معه البناء، لأنه فطر بعذرين قد جمع الله بينهما في الإباحة.

والثاني: يقطع التتابع ويوجب الاستئناف، لأن فطره بالمرض ضرورة وبالسفر عن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

اختيار، ولذلك إذا مرض في يوم كان صحيحاً في أوله أفطر، ولو سافر في يوم كان سقيماً في أوله لم يفطر.

والرابع: أن يطرأ عليه في تضاعيف صيامه جنون، أو إغماء، فإن قيل في المرض يبنى فهذا أولى، وإن قيل في المرض يستأنف ففي الاستئناف بالجنون والإغماء وجهان:

أحدهما: يستأنف كالمريض.

والثاني: يبني ولا يستأنف لأن الصوم مع المرض يصح، ومع الجنون والإغماء لا يصح وأما أعذار الزمان، فهو أن يتخلل مدة صيامه زمان لا يجوز صيامه مثل يوم الفطر، ويوم النحر، فهذا قاطع للتتابع وموجب للاستئناف، ولأن الاحتراز منه ممكن، وهكذا لو تخلل صيامه شهر رمضان قطع التتابع، فأما أيام التشريق فما تقدمه من يوم النحر قطع التتابع، فأما الابتداء بصيامها في الكفارة فقد كان الشافعي يرى في القديم جواز صيامها في كفارة تمتعه، لقول الله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦]، ثم رجع عنه في الجديد، ومنع من صيامها للمتمتع وغيره لنهى رسول الله ﷺ عن صيامها، وقوله: «إنها أيام أكل وشرب وبعال، فلا تصوموها»[(١)]، فإن منع من صيامها للمتمتع، كان غير المتمتع أولى بالمنع، وإن جوز صيامها للمتمتع لم يجز أن تصام تطوعاً لغير سبب، وفي جواز صيامها بسبب موجب وجهان:

أحدهما: يجوز وهو قول أبي إسحاق المروزي كالمتمتع لاشتراكهما في السبب الموجب.

والثاني: لا تجزىء لأن صيام التمتع مختص بأيام الحج، وصيام غيره لا يختص بها، وأما إذا كان عليه صيام ثلاثة أيام في كفارة اليمين فإن قيل: إن التتابع فيها غير مستحق لم يمنع الفطر في تضاعيفها من جواز البناء.

وإن قيل: إن التتابع فيها شرط مستحق كان الفطر فيها بالحيض قاطعاً للتتابع قولاً واحداً، بخلافه في كفارة القتل، لأن التحرز منه بصيامها في أول الطهر ممكن، لأن أقله خمسة عشر يوماً، وإن أفطر فيها بمرض، كان البناء على قولين كفطره في كفارة القتل، لأن التحرز من هجوم المرض غير ممكن، وكذلك يكون حكم فطره بالسفر والجنون، كحكمه في كفارة القتل سواء، ولا يجزىء صومه في الكفارة إلا بنية قبل الفجر، تجدد النية لكل يوم، والله أعلم.

باب الوصية بكفارة الأيمان والزكاة

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنْ لَزِمَهُ حَقُّ المَسَاكِينِ فِي زَكَاةٍ أَوْ كَفَّارَةِ يَمِينٍ أَوْ حَجَّ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

فَذَلِكَ كُلُّهُ رَأْسِ مَالِهِ يُحَاصُّ بِهِ الغُرَمَاءُ».

قال في الحاوي: أما أخص الحقوق بتركة الميت فهو الكفن، ومؤونة الدفن يقدم على حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، وإن استوعبت جميع التركة، وأما غيره من الحقوق فضربان:

أحدهما: ما كان من حقوق الآدميين كالديون فلا خلاف أنها لا تسقط بالموت لقول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النِّسَاء: ١١]، ولقول النبي ﷺ: «نفس الميت معلقة بدينه حتى يقضى»[(١)] وأما حقوق الله تعالى من الزكوات والكفارات والحج والنذور فمذهب الشافعي أنها لا تسقط بالموت سواء وجبت باختياره كالكفارات والنذور أو بغير اختياره كالزكوات والحج، وقال أبو حنيفة: يسقط جميعها بالموت، وفرق بعض الفقهاء بين ما وجب باختياره فسقط بالموت وما وجب بغير اختياره فلا يسقط بالموت، وعكس بعضهم هذا فأسقط بالموت ما وجب بغير اختياره لم يسقط به ما وجب باختياره، وقد حكى الشافعي هذه المذاهب كلها في كتاب الأم، وقد قدمنا الكلام مع أبي حنيفة في كتاب الزكاة والحج بما أغنى عن الإعادة فإذا تقرر هذه الجملة لم يحل حال بعد الموت فيما لزمه من الحقوق من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون جميعها من حقوق الآدميين فهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتعلق جميعها بالذمة، فجميع أربابها أسوة في التركة، إن اتسعت لها قضى جميعها، وإن ضاقت عنها تحاصوها بينهم على قدر ديونهم.

والثاني: أن يكون جميعها متعلقه بالعين كالرهن، والعبد الجاني، فإن اختلفت العينان اختص كل واحد منهم بالعين التي تعلق حقه بها وإن تعلقت حقوقهم بعين واحدة اشتركوا فيها بقدر حقوقهم منها.

والثالث: أن يكون بعض الحقوق ثابتاً في الذمة، وبعضها متعلقاً بالعين فيقدم ما تعلق بالعين على ما تعلق بالذمة، لأن صاحب العين قد جمع بين حقين، وتفرد صاحب الذمة بأحدهما.

فصل:

الثانية: أن يكون جميعها من حقوق الله تعالى فهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتعلق جميعها بالذمة كالحج والكفارة والزكاة بعد تلف الحال والنذور المتعلقة بالذمة، فإن اتسعت التركة لجميعها قضيت، فإن فضل عنها شيء كان للورثة وإن استوعبت التركة فلا شيء للورثة، وإن ضاقت التركة عنها قسمت التركة على الحقوق بالحصص، فإن كان ما خرج بقسط الحج يمكن أن يحج به عنه من ميقات بلده أخرج

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٤٠، ٤٧٥)، والدارمي (٢/ ٢٦٢)، والترمذي (١٠٧٨)، وابن ماجه (٢٤١٣)، والطبراني في «الصغير» (٢/ ١٣٣)، والحاكم (٢/ ٢٦، ٢٧).

عنه وإن لم يكن سقط وتدبر من التركة على ما سواه من الحقوق وكذلك حكم العتق في الكفارة إذا لم يمكن فيه تخيير كالعتق في كفارة القتل والظهار إذا ضاق سقط عن تحرير رقبة سقط حكمه، وعاد على ما سواه.

والثاني: أن يكون جميعها متعلقة بالعين، كالزكاة في نصاب موجود والنذور في عتق عبد معين، أو الصدقة بمال معين، فإن تغايرت الأعيان اختصت كل عين بالحق المتعلق بها، وإن اتفقت قسطت على الحقوق المتعلقة بها.

والثالث: أن يختص بعضها بالذمة ويتعلق بعضها بالعين، فالمتعلق بالعين أحق أن يقدم على ما تعلق بالذمة كما ذكرنا في حقوق الآدميين.

فصل:

والثالثة: أن تجمع في تركته حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن تكون حقوق الله تعالى متعلقة بالعين، وحقوق الآدميين مختصة بالذمة، فيقدم حق الله تعالى المتعلقة بالعين على حقوق الآدميين المتعلقة بالذمة.

والثاني: أن تكون حقوق الله تعالى متعلقة بالذمة وحقوق الآدميين متعلقة بالعين فيقدم حقوق الآدميين على حقوق الله تعالى.

والثالث: أن تكون حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين متعلقة بالذمة ففيها ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن حقوق الله تعالى مقدمة على حقوق الآدميين لقول النبي ﷺ: «فدين الله أحق أن يقضى» ولأنها حقوق لا تسقط بالإبراء فكانت أوكد من حقوق الآدميين الساقطة بالإبراء.

والثاني: أن حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى لأمرين:

أحدهما: أن نفوس الآدميين أشح، والله تعالى بحقوقه أسمح، ولذلك جعل لها أبدالاً وأسقطها بالشبهات.

والثاني: أن مستحقيها متعينون؟ وحقوق الله تعالى لا يتعين مستحقها، وما تعين مستحقة أوكد.

والثالث: أن كلا الحقين سواء لاشتراكهما في الوجوب، وتساويهما في الاستحقاق فتسقط التركة بينهما على قدر الحقين.

والرابع: أن تكون حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين متعلقة بالعين، فإن تغايرت اختصت كل عين بمستحقها، وإن اتفقت في عين واحدة فقد أشار أبو علي بن أبي هريرة إلى وجهين:

أحدهما: أنه يكون على الأقاويل الثلاثة كالمتعلق بالذمة.

والثاني: أنه يقدم فيها حقوق الآدميين على حقوق الله تعالى قولاً واحداً لأنها في أيديهم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ فِي كَفَّارَةٍ فَإِنْ حَمَلَ ثُلُثُهُ العِتْقَ أُعْتِقَ عَنْهُ فَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثُ أُطْعِمَ عَنْهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا مات وعليه كفارة لم يخل حالها أن تكون على الترتيب أو على التخيير، كانت على الترتيب مثل كفارة القتل والظهار لم يخل حالة فيها من أن يوصى بها أو لا يوصى فإن لم يوص أخرجت الكفارة من رأس ماله، فإن احتمل العتق صار من أهله فأعتق عليه، وإن لم تحتمل تركته العتق صار معسراً به، فلا يعدل عنه إلى الصيام؟ لأنه لا تصح منه النيابة، وعدل عنه إلى الإطعام وإن أوصى بالتكفير عنه لم يخل حاله في الوصية من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله من رأس ماله فيكون من أصل التركة وتكون الوصية به تأكيداً.

والثانية: أن يجعله من ثلثه فتصير الوصية في الثلث، وهو بها مرفه على ورثته، فإن وفى العتق من الثلث، وإلا كمل من رأس المال.

والثالثة: أن يطلق الوصية به ولا يسميه من رأس المال ولا من الثلث ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون من رأس المال حملاً للوصية على التأكيد.

والثاني: يكون من الثلث حملاً للوصية على التأثير والترفيه.

والثالث: أن ينظر فإن قرن له في الوصية بما يكون في الثلث، صار العتق في الثلث، وإن قرن به ما يكون من رأس المال صار العتق من رأس المال اعتباراً بالجمع.

فصل:

فإن كانت الكفارة على التخيير مثل كفارة اليمين لم يخل حاله فيها من أن يوصى بها أو لا يوصى، فإن لم يوص بها وجب أن يخرج من رأس ماله أقل الأمرين من الإطعام أو الكسوة فإن عدل الوارث إلى أعلاهما أجزأه، وإن عدل عنهما إلى العتق ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: يجزىء لأنه يقوم في التكفير مقام الموروث فاستحق التخيير.

والثاني: أنه لا يجزىء لأنه أدخل في ولاية من لا يستحق عتقه، ويشبه أن يكون هذان الوجهان مخرجين من اختلاف الوجهين فيما أوجبه التخيير في كفارة اليمين.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

فإن قيل بوجوب أحدهما لا بعينه لم يجز العتق لأنه لم يتعين في الوجوب، وإن قيل: إنه موجب لجميعها وله إسقاط وجوبها بإخراج أحدها أجزأ، وإن وصى بالتكفير عنه، فإن لم يتعين مما يكفر به كان كمن لم يوص فيما يكفر به عنه، فيكون على ما مضى، وتكون الوصية إذكاراً أو توكيداً، وإن عين ما يكفر به عنه لم يخل ما عينه من أحد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعين الإطعام الذي هو أقل فيكفر عنه بالإطعام ويكون من رأس المال إلا أن يجعله في الثلث فيصير بالوصية من الثلث.

والثانية: أن يوصى بالكسوة وهو فوق الإطعام ودون العتق، فيكون ما زاد على قيمة الإطعام من الثلث، وهل يصير قدر قيمة الإطعام بذلك من الثلث أم لا؟ على وجهين نذكرهما.

والثالثة: أن يوصى بالعتق فيكون ما زاد على قيمة الإطعام من العتق من الثلث. وفي قدر قيمة الإطعام وجهان:

أحدهما: يكون في الثلث أيضاً، فيصير جميع قيمة العتق من الثلث، فإن امتنع له الثلث أعتق عنه، وإن ضاق الثلث بطلت الوصية بالعتق، وأطعم عنه من رأس المال، ولم يجز أن يقيم قيمة الإطعام إلى ما عجز عنه الثلث من العتق ليستكمل به جميع العتق هذا هو الأظهر في مذهب الشافعي، والمعول من قول أكثر أصحابه.

والثاني: وهو محكي عن أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي أنه يجعل في الثلث من قيمة العتق ما زاد على قيمة الإطعام، ويكون قدر قيمة الإطعام مستحقاً من رأس المال لاستحقاق إخراجه من غير وصية، فإذا ضاق الثلث عن قيمة العتق، وكان في قيمة الإطعام ما يستكمل به قيمة العتق أعتق عنه، وإن عجز عن قيمة العتق بطلت الوصية بالعتق وعدل عنه إلى الإطعام الذي هو فرضه من غير وصية ويكون من رأس ماله، لأن الثلث محل الوصايا دون الفروض والله أعلم.

باب كفارة يمين العبد بعد أن يعتق

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «لَا يُجْزِىء العَبْدُ فِي الكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمَ لأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَالاً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا وجبت على العبد كفارة يمين أو إظهار أو قتل لم يجزه إذا لم يملكه السيد مالاً أن يكفر إلا بالصيام؛ لأنه لا يقدر على المال وهو أسوأ حالاً من الحر المعسر الذي يصح منه تملك المال وإن ملكه السيد مالاً لم يكن له أن يكفر به إن لم يأذن له السيد في التكفير به سواء حكم له بملك المال أو لم يحكم لأنه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

محجور عليه في حق السيد وإن أذن له أن يكفر بالمال فقد اختلف قول الشافعي في العبد هل يملك إذا ملك أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يملك إذا ملك وبه قال في القديم وهو مذهب مالك والحجازيين.

والثاني: لا يملك وإن ملك وبه قال في الجديد، وهو مذهب أبي حنيفة والعراقيين وقد مضى توجيه القولين في غير موضع.

فإن قيل: بالجديد أن لا يملك لم يكفر إلا بالصيام، ولا يجوز أن يكفر بإطعام ولا كسوة ولا عتق، وإن قيل بالقديم أنه يملك إذا ملك جاز أن يكفر بالإطعام والكسوة لقدرته عليه مع ملكه، وفي جواز تكفيره بالعتق وجهان:

أحدهما: يجوز كالإطعام والكسوة.

والثاني: لا يجوز لما فيه من استحقاق الولاء الذي لا يستقر له عليه ملك ولا يثبت له به ولاية ولا إرث، وإذا قيل بجوازه على الوجه الأول ففي ولائه قولان:

أحدهما: للسيد.

والثاني: أنه موقوف على ما يفضي إليه حاله من عتق فيصير الولاء له أو يموت على رقه، فيكون لسيده، وهكذا حكم المدبر وأم الولد والمعتق بالصفة فأما المكاتب فإن قيل: إن العبد لا يملك إذا ملك لم يكن له أن يكفر إلا بالصيام وإن أذن له السيد ففي جوازه تكفيره بالمال قولان:

أحدهما: يجوز كالعبد وليس بأسوأ حالاً منه.

والثاني: لا يجوز أن يكفر إلا بالصيام، وإن كان العبد أن يكفر بالمال، لأن ملك السيد لمال مكاتبه ضعيف، فضعف إذنه معه، وملكه لمال عبده قوي فقوي إذنه معه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَصُومَ إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِا لَزِمَهُ بَإِذْنِهِ وَلَوْ صَامَ فِي أَيِّ حَالٍ أَجْزَأَهُ».

قال في الحاوي: وصورتها: أن يجب على العبد الصيام في كفارة يمين، فلا يخلو حاله إذا أضر الصيام بخدمة السيد في عقد يمينه وحنثه من أربعة أحوال:

أحدها: أن يحلف بإذن سيده ويحنث بإذنه فللعبد أن يصوم عن الكفارة بغير إذنه، لأن موجب الكفارة عن إذنه.

والثانية: أن يحلف بغير إذنه ويحنث بغير إذنه فليس للعبد أن يصوم إلا بإذن سيده، لما فيه من التقصير في خدمته.

والثالثة: أن يحلف بغير إذنه، ويحنث بإذنه، فللعبد أن يصوم بغير إذنه،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

لأن وجوب الصيام بإذنه.

والرابعة: أن يحلف بإذنه ويحنث بغير إذنه ففي جواز صيامه بغير إذنه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن عقد يمينه بإذنه فصار ما أفضى إليه من الحنث داخلاً في حكم إذنه، كما لو أذن لعبده في النكاح كان إذناً له بالنفقة.

والثاني: لا يجوز أن يصوم إلا بإذنه لأن عقد اليمين مانعة من فعل الحنث، فلم يجز أن يجري عليه حكم الإذن.

فصل:

وإذا كان ممنوعاً من الصوم إلا بإذن سيده على ما فصلناه، لم يخل من أن يكون الصوم فيه مؤثراً في الضعف كالصيف أو غير مؤثر فيه كالشتاء، فإن كان الزمان صائفاً يؤثر في ضعف الصائم، فهو الممنوع من الصيام فيه إلا بإذن سيده، وإن كان الزمان شاتياً لا يؤثر صيامه في ضعفه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يلزمه استئذان سيده في صيامه لعدم تأثيره في عمله.

والثاني: يلزمه استئذان وللسيد منعه، لأنه وإن قل تأثيره في إضعافه، فالفطر أنشط لعمله، وأبلغ في توفره، فإن خالف العبد في الموضع الذي نهى عن الصيام إلا بإذن سيده فصام بغير إذنه أجزأه لأنها عبادة لا يقف انعقادها على إذنه فصحت، وإن جاز للسيد منعه منها كالحج.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَنَثَ ثُمَّ أَعْتَقَ وَكَفَّرَ كَفَّارَةَ حُرٍّ أَجْزَأَهُ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ مَالِكٌ وَلَوْ صَامَ أَجْزَأَهُ لأَنَّ حُكْمَهُ يَوْمَ حَنَثَ حُكْمُ الصِّيَامِ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ مَضَتِ الْحُجَّةُ أَنَّ الْحُكْمَ يَوْمَ يُكَفِّرُ لَا يَوْمَ يَحْنَثُ كَمَا قَالَ إِنَّ حُكْمَهُ فِي الصَّلَاةِ حِينَ يُصَلِّي كَمَا يُمْكِنُهُ لَا حِينَ وَجَبَتْ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في عبد حلف في حال رقه ثم حنث وأعتق فلا يخلو حال حنثه من أحد أمرين:

إما أن يكون في رقه أو بعد عتقه.

فإن حنث بعد عتقه، فهو في الكفارة كالحر لوجوبها عليه، وهو حر، فإن كان موسراً كفر بالمال، وإن كان معسراً كفر بالصيام، فإن عدل عنه إلى المال أجزأه سواء كان إطعاماً أو عتقاً، وإن حنث في حال رقه وقبل عتقه ولم يكفر حتى أعتق، فإن كان بعد عتقه معسراً كفر بالصيام، وإن كان موسراً فعلى قولين:

---

(1) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

أحدهما: لا يكفر إلا بالمال من إطعام أو كسوة أو عتق إذا قيل: إن المعتبر بالكفارة حال الأداء، أو أغلظ الأمرين من حال الوجوب أو حال الأداء.

والثاني: يجوز أن يكفر بالصيام إذا قيل: إن المعتبر بالكفارة حال الوجوب. فإن أراد أن يعدل عن الصيام إلى المال من إطعام أو كسوة أو عتق، فإن قيل: إن العبد يجوز أن يكفر بالمال على قوله في القديم أنه يملك إذا ملك، كان بعد عتقه أولى بالجواز، وإن قيل إنه لا يجوز للعبد أن يكفر بالمال على قوله في الجديد أنه لا يملك إذا ملك، فهل يجوز له بعد عتقه أن يكفر بالمال على وجهين:

أحدهما: يجوز، لأنه عند تكفيره حر فأشبه الحر المعسر.

والثاني: لا يجوز، لأنه لو أراد التكفير بالمال عند الوجوب لم يجزه، بخلاف الحر المعسر الذي لو كفّر بالمال أجزأه فلزمه استصحاب هذا الحكم بعد عتقه لاستقرار وجوبه في حال رقه فصار في محصول تكفيره ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكفر إلا بالمال.

والثاني: لا يكفر إلا بالصيام.

والثالث: أنه مخير بين التكفير بالمال أو الصيام.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ وَنِصْفُهُ حُرٌّ وَكَانَ فِي يَدَيْهِ مَالٌ لِنَفْسِهِ لَمْ يُجْزِئْهُ الصَّوْمُ وَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُكَفِّرَ مِمَّا فِي يَدَيْهِ لِنَفْسِهِ قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا المَالُ لِنِصْفِهِ الحُرِّ لَا يَمْلِكُ مِنْهُ النِّصْفَ العَبْدُ شَيْئاً فَكَيْفَ يُكَفِّرُ بِالمَالِ نِصْفُ عَبْدٍ لَا يَمْلِكُ مِنْهُ شَيْئاً فَأَحَقُّ بِقَوْلِهِ أَنَّهُ كَرَجُلَ مُوسِرٍ بِنِصْفِ الكَفَّارَةِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الصَّوْمَ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: قال المزني: إذا حنث عن نصفه حر ونصفه عبد لم يخل حاله من أن يكون بنصفه الحر موسراً أو معسراً، فإن كان معسراً ففرضه التكفير بالصيام، لأنه لما صام بالإعسار مع كمال حريته كان صيامه مع تبعيض الحرية أولى، وإن كان بنصفه الحر موسراً فقد قال الشافعي ها هنا: كفر بالمال فقلب حكم الحرية على حكم الرق في الكفارة، وإن كان يغلب حكم الرق على حكم الحرية في النكاح والطلاق والنفقة والميراث والشهادة: فاختلف أصحابنا في كفارته على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول طائفة منهم أنه يكفر بالمال على قوله في القديم أنه يملك إذا ملك وعليه خرج الجواب فأما على قوله في الجديد: إنه لا يملك إذا ملك فلا يكفر إلا بالصيام.

والثاني: قاله المزني وساعده غيره من أصحابنا أنه لا يكفر إلا بالصيام على القولين

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٠).

معاً، وأن ما ذهب إليه الشافعي من تكفيره بالمال مخالف لأصوله من وجهين:

أحدهما: أنه لما غلب فيما عدا الكفارة حكم الرق على الحرية وجب أن يكون كذلك في الكفارة.

والثاني: ما ذكره المزني من أن نقصان المكفر إذا كان بعضه حراً مملوكاً كنقصان التكفير إذا وجد بعض الإطعام وعدم بعضه، فوجب أن يكون عجزه ببعض بدنه مع قدرته على جميع الكفارة كعجزه عن بعض الكفارة مع قدرته بجميع بدنه.

والثالث: وهو ظاهر المذهب وما عليه جمهور أصحابنا، أنه لا يكفر إلا بالمال على القولين معاً تغليباً لحكم الحرية على الرق وإن غلب حكم الرق على الحرية في غير الكفارة، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ﴾ [النِّسَاء: ٩٢] وهذا واحد فلم يجزه الصيام، ولأن تكفير الحر الموسر بالمال، وتكفير العبد القن بالصوم، فلم يخل حال من تبعضت فيه الحرية والرق، من ثلاثة أحوال، إما أن يغلب حكم الحرية من تكفير المال، أو يغلب حكم الرق في تكفيره بالصيام، أو ببعض تكفيره بالمال والصيام بحسب ما فيه من حرية ورق، وقد أجمعوا على إبطال التبعيض فلم يبق إلا تغليب أحدها فكان تغليب الحرية على الرق في التكفير بالمال أولى من تغليب الرق على الحرية في التكفير بالصيام من وجهين:

أحدهما: أنه لما تغلب حرية بعضه في السراية إلى عتق جميعه تغلب حكمها في تكفيره.

والثاني: أن التكفير بالمال أصل، وبالصيام بدل، ولذلك كان لمن فرضه الصيام أن يكفر بالمال ولم يجز لمن فرضه المال أن يكفر بالصيام فكان تغليب ما أوجب الأصل من المال أولى من تغليب ما أوجب البدل من الصيام، أما تغليب الرق فيما سوى ذلك من الأحكام، فلأن تبعيض الحرية والرق موجب لتغليب أغلظ حكميه، فكان أغلظهما من الكفارة حكم الجزية، وأغلظهما فيما عداها حكم الرق. وأما الجواب عما استدل به المزني من أن نقصان المكفر كنقصان الكفارة، فهو أن نقصان الكفارة مفضٍ إلى التبعيض فسقط، ونقصان المكفر موجب لكمال الكفارة، وافترقا في النقص لافتراقهما في الموجب، والله أعلم بالصواب، وبالله التوفيق.

باب جامع الأيمان

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا كَانَ فِي دَارٍ فَحَلَفَ أَنْ لَا يَسْكُنَهَا أَخَذَ فِي الخُرُوجِ مَكَانَهُ وَإِنْ تَخَلَّفَ سَاعَةً يُمْكِنُهُ الخُرُوجُ مِنْهَا فَلَمْ يَفْعَلْ حَنَثَ».

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا كان ساكناً في دار فحلف أن لا يسكنها فإن بادر بالخروج منها عقيب يمينه بر ولم يحنث وإن توقف عن الخروج مع القدرة عليه حنث، سواء قل مقامه، أو كثر وشرع في إخراج رجله، أو لم يشرع، وقال مالك: إن أقام بعد يمينه يوماً وليلة حنث، وإن أقام أقل من يوم وليلة لم يحنث لأنه لا ينطلق عليه اسم السكنى إلا باستكمال هذا الزمان، وقال أبو حنيفة: إن أقام لنقل رحله وجمع متاعه لم يحنث وإن أقام لغير ذلك حنث، لأنه بإخراج متاعه مفارق لحكم السكنى، وقال زفر بن الهذيل: قد حنث بنفس اليمين، ولا يبر أن يبادر بالخروج، لأنه مقيم على السكنى قبل مفارقتها.

ودليلنا هو أن استدامة المقام فيها سكنى لاستصحاب ما تقدم من حاله فحنث لانطلاق اسم السكن عليه بخلاف ما قال مالك وأبو حنيفة، وإذا بادر بالخروج فهو تارك ولا يكون ترك الفعل جارياً مجرى الفعل، لأنهما ضدان، فيبطل به قول زفر، ثم يقال لمالك وأبي حنيفة: قد وافقتما أنه لو حلف لا أقيم في هذه الدار فلبث فيها بعد يمينه حنث وكذلك إذا حلف لا يسكنها، لأن المقام فيها سكنى والسكنى فيها مقام، ويتحرر هذا الاستدلال قياساً فيقال: إن ما حنث به في المقام حنث به في السكنى قياساً على اليوم والليلة مع مالك وعلى من أمسك عن جميع رحله وقياسه مع أبي حنيفة.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَيَخْرُجُ بِبَدَنِهِ مُتَحَوِّلاً وَلَا يَضُرُّهُ أَنْ يَتَرَدَّدَ عَلَى حَمْلِ مَتَاعِهِ وَإِخْرَاجِ أَهْلِهِ لأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بسُكْنَى».

قال في الحاوي: اختلف الفقهاء فيمن حلف لا يسكن داراً هو ساكنها بماذا يبر في يمينه على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه يبر إذا انتقل منها ببدنه ولا اعتبار بنقل عياله وماله.

والثاني: وهو مذهب مالك أنه لا يبر إلا أن ينتقل ببدنه وعياله، ولا اعتبار بنقل ماله.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة: أنه لا يبر، حتى ينتقل ببدنه وعياله وماله؟ فمتى خلف أحدها حنث.

والرابع: وهو مذهب محمد بن الحسن أن بره معتبر بنقل بدنه وعياله، وأن ينقل من ماله ما يستقل به، وإن خلف فيها ما لا يستقل به من سكناها بر، وإن خلف ما يستقل به في سكناها حنث، واستدلوا على اختلاف مذاهبهم في أن البر لا يختص ببدنه دون عياله

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

وماله بأمرين:

أحدهما: أن من استضاف رجلاً ببدنه لم ينسب إلى السكنى عنده لخروجه عن عرف السكنى، فصار العيال والمال من جملة السكنى.

والثاني: أن من خلف عياله وماله في داره، وخرج منها إلى دكانه، أو بستانه لا يشار بسكناه إلى مكانه ويشار به إلى داره المشتملة على عياله وماله.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿رَبَّنَآ إِنِّيٓ أَسْكَنتُ مِن ذُرِّيَّتِي بِوَادٍ غَيْرِ ذِي زَرْعٍ عِندَ بَيْتِكَ ٱلْمُحَرَّمِ﴾ [إبراهيم: ٣٧] فكان بالشام وولده وأمه بمكة، فلم يخرج عن سكنى الشام، وإن كان عياله في غيرها.

ولأنه لو جاز أن يكون ساكناً فيها بعد الانتقال عنها ببدنه، لبقاء عياله وماله لوجب إذا سافر ببدنه أن يكون كالمقيم في المنع من قصره، وفطره، فلما أجرى عليه حكم السفر وجب أن يجري عليه حكم الانتقال، ولأن المتمتع بالعمرة إلى الحج لو أقام بمكة كان كالمستوطن لها في سقوط الدم عنه، وإن كان عياله وماله في غيرها فدل على أن الاعتبار ببدنه دون عياله وماله، وقد قال الشافعي أنا مقيم بمصر، وأهلي وولدي وكتب بمكة أفتراني ساكن بمكة، لأنه علق يمينه بفعله فوجب أن يكون حكمها موقوفاً عليه دون غيره، لأن الأحكام تتعلق بحقائق الأسماء.

وأما الجواب عن استشهادهم بالضيف فهو أنه نزلها ضيفاً، فلم ينطلق عليه اسم السكنى، وإن كان مع عياله وماله وليس كذلك إذا قصد السكنى فكان اختلاف الاسمين لاختلاف المقصدين موجباً لاختلاف الحكمين، وبمثله يجاب عن استشهادهم الثاني من الخارج إلى دكانه وبستانه.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا من شرط بره أن يكون معتبراً بتعجيل خروجه بنفسه لم يخل حاله من أن يكون قادراً على الخروج أو ممنوعاً، فإن كان ممنوعاً من الخروج، إما لحبسه في داره المغلق أبوابه، أو لتقييده وإمساكه أو لزمانته، وهو لا يجب من يحملها منها لم يحنث ما كان باقياً على عجزه ومنعه، لأن وجود المكنة شرط في الأفعال المستحقة وخرج فيها أبو علي بن أبي هريرة قولاً آخر أنه يحنث من اختلاف قوليه في حنث الناس، وليس بصحيح لما عللنا.

وإن كان قادراً على الخروج فتوقف للبس ثيابه التي جرت عادته في الخروج بها لم يحنث ولو توقف لأكل أو شرب حنث، وكذلك لو توقف لطهارة أو صلاة حنث، لأنه يقدر على فعل ذلك في غيرها إلا أن يضيق عليه وقت الصلاة، ويعلم أنه إن خرج منها فاتته فلا يحنث بالصلاة، لأن الشرع قد منعه من الخروج قبل الصلاة فكان أوكد من منع المخلوقين، ولو توقف فيها لغلق أبوابه، أو إحراز ما يخاف عليه تلفه من أمواله، فإن

كان يقدر على استنابة أمين فيه حنث، وإن لم يقدر على الاستنابة لم يحنث على الصحيح من المذهب، لأن أخذه في ذلك شروع في الخروج، ويحتمل وجهاً آخر أنه يحنث، لأنه منع لا يختص ببدنه، وإن قدر على الخروج وارتفعت عوارض المنع حنث بقليل المقام وكثيره فإن كان لخروجه بابان يقرب من أحدهما ويبعد من الآخر كان مخيراً في الخروج من أيهما شاء، ولا يحنث بالخروج من أبعدهما، لأنه أخذ في الخروج وإن بعد مسلكه، فإن صعد إلى علوها للخروج من سطحهما، وله باب يخرج منه حنث؛ لأنه بالصعود في حكم المقيم، ولو لم يقدر على الخروج من بابه لم يحنث بالصعود للخروج.

فصل:

وإذا خرج منها، ثم عاد إليها لنقل عياله، أو ماله، سواء قدر على الاستنابة في ذلك، أو لم يقدر، لأنه لا يكون بالعود بعد الخروج لنقل أهل، أو رحل ساكناً، فإن لبث بعد العود لغير نقل أهل أو رحل حنث، قل زمان لبثه أو كثر، ويراعى في لبثه لنقل الرحل والأهل وما جرى به العرف من غير إرهاق، ولا استعجال.

فإن قال: «أردت بيميني لا سكنت هذه الدار شهراً» فإن كانت بالله، حملت على ما نواه ظاهراً أو باطناً لأنها مختصة بحق الله الذي يحمل فيه على نيته، وإن كانت بطلاق، أو عتاق حمل على التأبيد في ظاهر الحكم لوجود خصم فيه، وكان في الباطن مديناً فيما بينه وبين الله تعالى، ومحمولاً على ما نواه، ولو قال «لا سكنتها يوماً، كانت معلقة إلى مثل وقته من غده، ولو قال: «لا سكنتها يومي هذا» انقضت بغروب الشمس من يومه، يكون في الأولة مستوفياً اليوم، وفي الثانية مستوفياً لبقية اليوم: لوقوع الفرق بين الإطلاق والتعيين.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يُسَاكِنَهُ وَهُوَ سَاكِنٌ فَإِنْ أَقَامَا جَمِيعاً سَاعَةً يُمْكِنُهُ التَّحْوِيلُ عَنْهُ حَنَثَ».

قال في الحاوي: أما المساكنة فهي المفاعلة بين اثنين، فأكثر، فإذا حلف «لا ساكنت فلاناً» فاليمين منعقدة على أن لا يجتمعا في مسكن واحد، وبر الحالف بخروج أحدهما، فإن خرج الحالف، وبقي المحلوف عليه، بر وإن خرج المحلوف عليه، وبقي الحالف بر وإن خرجا معاً كان أوكد في البرد، وإن بقيا فيها معاً، حنث الحالف، وإن قال: «والله لا سكنت مع زيد» فقد ذهب بعض أصحابنا البصريين أحسبه «أبا الفياض» إلى أن اليمين تكون متعلقة بفعل الحالف وحده، فإن خرج الحالف بر، وإن خرج المحلوف عليه، لم يبر، لأنه أضاف الفعل إلى نفسه، وهكذا لو قال: «والله لا سكن معي زيد» كان تعلق البر بفعل المحلوف عليه وحده، فإن خرج المحلوف عليه بر، وإن خرج

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

الحالف لم يبر، لأنه أضاف الفعل إلى المحلوف عليه إلى نفسه وفرق بين هذين وبين المساكنة، وهذا وإن كان له وجه فهو ضعيف والصحيح أنه يبر في هذه المسائل الثلاث بخروج أحدهما، لأن اليمين معها معقودة على الإجماع فيها، وبخروج أحدهما يزول الاجتماع، فوجب أن يقع له البر، والله أعلم.

فصل:

ولو قال: والله لا سكنت زيداً وعمراً بر بخروج أحدهما.

ولو قال: والله لا ساكنت زيداً، ولا عمراً، لم يبر بخروج أحدهما، لأن كل واحد منهما محلوف عليه، وكان بره بخروجه دونهما، أو بخروجهما معاً دونه، وفي الأولى يبر بخروجه، أو بخروج أحدهما لأن يمينه في الأولى معقودة على الاجتماع، وفي الثانية معقودة على الإفراد والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَا فِي بَيْتَيْنِ فَجَعَلَ بَيْنَهُمَا حَدًّا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الحُجْرَتَيْنِ بَابٌ فَلَيْسَتْ هَذِهِ بِمُسَاكَنَة وَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ وَالمُسَاكَنَةُ أَنْ يَكُونَا فِي بَيْتٍ أَوْ بَيْتَيْنِ حُجْرَتُهُمَا وَاحِدَةٌ وَمَدْخَلُهُمَا وَاحِدٌ وَإِذَا افْتَرَقَ البَيْتَانِ أَوْ الحُجْرَتَانِ فَلَيْسَتْ بِمُسَاكِنَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى، فَإِنْ قِيلَ مَا الحُجَّةُ فِي أَنَّ النُّقْلَة بِبَدَنِهِ دُونَ مَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ وَمَالِهِ؟ قِيلَ أَرَأَيْتَ إِذَا سَافَرَ أَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ السَّفَرِ فَيُقْصِرَ؟ أَوْ رَأَيْتَ لَوْ انْقَطَعَ إِلَى مَكَّةَ بِبَدَنِهِ أَيَكُونُ مِنْ حَاضِرِي المَسْجِدِ الحَرَامِ الَّذِينَ إِنْ تَمَتَّعُوا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ دَمٌ؟ فَإِذَا قَالَ نَعَمْ فَإِنَّمَا النُّقْلَةُ وَالحُكْمُ عَلَى البَدَنِ لَا عَلَى مَالٍ وَأَهْلٍ وَعِيَالٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا حلف لا يساكنه، وقد جمعتهما دار واحدة لم يخل حالهما في وقت اليمين من أن يكونا مجتمعين أو غير مجتمعين، فإن لم يكونا مجتمعين وكانا خارجين، أو أحدهما فقسمت الدار بينهما بحائط بني في وسطها، وسكن كل واحد منهما أحد الجانبين بباب مفرد، يدخل ويخرج منه، بر في يمينه، وليست هذه مساكنة، وإنما هي مجاورة، وإن كانا في وقت اليمين مجتمعين فشرعا في بناء حائط بينهما، حنث، لأنها قبل كمال ما يقع بينهما متساكنان ولو كان في الدار حجرة، فسكن أحدهما في الحجرة، والآخر في الدار نظر فإن كان باب الحجرة إلى الدار، حنث لأنهما متساكنان، وإن انفردت الحجرة بباب غير باب الدار نظر، فإن كان بابها إلى الدار مسدوداً بر، وإن كان بابها إلى الدار مفتوحاً حنث، ولو كان في الدار حجرتان فسكن كل واحد منهما في إحدى الحجرتين، فإن لم تكن الدار مع واحد منهما بر، وإن كان باب كل واحد منهما إلى الدار صارت كالخان الذي فيه حجر فلا يحنث إذا سكن كل واحد منهما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

في حجرة من الخان، كذلك الدار، وإن كانت الدار مع أحدهما، فهو على ما مضى إذا كان في الدار حجرة واحدة، فإنه لا يبر حتى تنفرد الحجرة عن الدار بباب للدخول والخروج منها بعد قطع ما بين الحجرة والدار.

ولو كانا في دار واحدة فاختص كل واحد منهما ببيت منها، فإن كانت الدار صغيرة، حنث لأنها مسكن واحد، وإن كانت واسعة فإن اعتزلا الدار، وتفرط بالبابين منها بباب يغلق كل واحد منهما على نفسه، بر وصارا كساكن بيتين من خان جامع، فلا يحنث بسكنى كل واحد منهما في بيت منه، كذلك في علوها، وسكن الآخر في سفلها، فإن كان مدخلهما ومخرجهما واحداً حنث، وإن انفرد كل واحد منهما بمدخل ومخرج وانقطع ما بين العلو والسفل بر.

فصل:

قال الشافعي: «إلا أن يكون له نية، فهو على ما نوى» يريد بذلك أن ما بينه من اعتزالهما في حجرتين، أو بيتين من دار، إذا كانت يمينه مطلقة على المساكنة، فأما إذا اقترنت بنية ألا يجاوره في موضع أو في محلة، أو في قبيلة، أو في بلد كانت يمينه محمولة على ما نواه، ولا يبر بانفرادهما في حجرتين من دار، ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه على أن الانتقال بالبدن دون العيال، والمال مزيل لحكم السكنى، والمساكنة وقد ذكرناه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا فَرَمَى فَوْقَهَا لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَدْخُلَ بَيْتاً مِنْهَا أَوْ عَرْصَتَهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا حلف لا يدخل الدار فرقى سطحها والسطح غير محجز لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث احتجاجاً، بأنه من حقوقها، وإن سورها محيط به فأشبه قرارها.

ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن السطح حاجز فأشبه سورها، فصار الراقي عليه كالراقي على السور، وقد وافق على أنه لا يحنث، بارتقائه على السور، كذلك يجب أن لا يحنث بارتقائه على السطح.

والثاني: هو أن الدار حرز لما فيها، يقطع سارقه، وما فوق السطح ليس بمحرز، ولا قطع على سارقه، فلما خرج عن حكم الحرز في القطع وجب أن يخرج عن حكم الدار في الحنث.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

واستدلالهم بأنه من حقوقها يبطل بارتقائه على سورها.

واستدلاله بأنه محيط بها كالسور فصحيح، لكن ما فوق السطح جار مجرى ما وراء السور.

فصل:

فأما إذا كان على السطح تحجيز، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون غير مانع كالقصب، وما ضعف من الخشب، فلا يحنث بارتقائه عليه.

والثاني: أن يكون مانعاً ببناء يمتنع بمثله ويتحرز من بناء أو خشب وثيق فقد اختلف أصحابنا في حنثه بارتقائه عليه على ثلاثة أوجه:

أحدهما: يحنث ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق المروزي، لأن إحاطة السطح بالدار تحجز عما فوقه.

والثاني: يحنث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن السترة محيطة بالدار، فأشبهت السور.

والثالث: وهو طريقة أبي الفياض إن كانت السترة عالية يحجز مثلها، لو كان في العرصة حنث، وإن كانت السترة قصيرة لا يحجز مثلها، لو كان في العرصة، لم يحنث، ولو كان في السطح غرفة فدخلها يحنث، ولو نزل من السطح إلى مرقاة من درجتها الداخلة فيها، حنث، ولو صعد من درج الدار إلى سطحها، والدرجة خارج الدار معقودة، أو غير معقودة، فإن لم يدخل في سور الدار، لم يحنث وإن دخلت في سور الدار، حتى تجاوزته في الدخول حنث، وإن لم تتجاوز حد السور لم يحنث، وإن رقى على شجرة الدار، وأغصانها في الدار، وعدل عن أغصانها الداخلة لم يحنث، وإن صار فوق أغصانها الداخلة نظر فيها فإن كانت الأغصان فوق السطح لم يحنث، وإن كانت دون السطح حنث، ولو جلس خارج الدار في ماء يجري إلى الدار، فحمله الماء إليها حنث، وصار الماء كالدابة، إذا ركبها فأدخلته الدار حنث، لأنه يصير بهما داخلاً، إلى الدار، ولو رقي على سورها فألقته الريح إليها لم يحنث، إن بادر بالخروج منها، لأن دخولها من غير فعله، ولو أدخل إحدى رجليه من باب الدار دون الأخرى، لم يحنث، لأن الدخول لم يكمل، ولو ثقب حائط الدار، ودخل إليها من ثقبها، حنث، إلا أن يكون له نية أن لا يدخلها من بابها، فيحمل على ما نواه، ولا يحنث بالدخول من غير الباب. والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ ثَوْباً وَهُوَ لَابِسُهُ وَلَا يَرْكَبُ دَابَّةً وَهُوَ رَاكِبُهَا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

فَإِنْ نَزَعَ أَوْ نَزَلَ مَكَانَهُ إِلَّا حَنَثَ وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَهُ».

قال في الحاوي: اعلم أن ما حلف عليه من الأفعال ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يحنث فيه بابتداء الفعل، واستدامته، وهو خمسة أشياء: السكنى، واللباس، والركوب، والغصب، والجماع، فإذا حلف لا سكنت داراً حنث بأن يبتدىء سكناها، وحنث بأن يكون ساكناً فيها، فيستديم سكناها إلا أن يبادر بالخروج منها.

ولو حلف لا لبست ثوباً حنث بأن يبتدىء لباسه، وحنث أن يكون لابسه، فيستديم لباسه إلا أن يبادر بنزعه.

ولو حلف «لا يركب دابة، حنث» بأن يبتدىء ركوبها وحنث بأن يكون راكباً، فيستديم ركوبها إلا أن يبادر بالنزول عنها، ولو حلف: لا غصبت مالاً، حنث، بأن يبتدىء بالغصب، وحنث بأن يكون غاصباً، فيستديم الغصب إلا أن يبادر برده.

ولو حلف لا جامعت، حنث بأن يبتدىء الجماع، وحنث بأن يكون مجامعاً، فيستديم الجماع إلا أن يبادر بالإخراج.

وإنما حنث في هذه الخمسة بالابتداء والاستدامة لأن اسم الفعل منطلق عليه في الحالين، فاستوى حكمها في الحنث.

والثاني: ما يحنث بابتداء الفعل، ولا يحنث باستدامته، وهو خمسة أشياء النكاح والإحرام، والرهن، والشراء، والوقف، فإذا حلف لا ينكح، وقد نكح. وأن لا يحرم وقد أحرم، أو لا يرهن، وقد رهن، أو لا يقف وقد وقف، لم يحنث، حتى يستأنف نكاحاً، وإحراماً، ورهناً، وشراء، ووقفاً، لأنها عقود فلم يحنث باستدامتها لتقدم العقد فيها.

والثالث: ما اختلف هل تكون الاستدامة فيه كالابتداء، وهو ثلاثة أشياء: الدخول، والطيب، والسفر، هل يكون الاستدامة كالابتداء فإذا حلف لا دخلت هذه الدار حنث بأن يستأنف دخولها، إذا كان خارجاً، وفي حنثه باستدامة دخولها، إذا كان فيها قولان:

أحدهما: وهو مقتضى نصه في كتاب الأم.

وقال أبو عبد الله الزبيري أنه يحنث، باستدامة جلوسه فيها لما كما يحنث باستئناف دخولها، كالسكنى، وقد قال الشافعي: لو حلف لا يدخلها فأكره على دخولها، فإن عجل الخروج منها بعد المكنة، لم يحنث وإن أقام حنث، فجعل استدامة الدخول كالدخول.

والثاني: نص عليه في كتاب حرملة، وقاله أبو العباس بن سريج، لا يحنث باستدامة الدخول، حتى يستأنفه، لأن الدخول يكون بعد خروج.

ولو حلف لا تطيبت حنث بأن يستأنف الطيب، وفي حنثه باستدامة طيب متقدم ثلاثة أوجه:

أحدها: يحنث باستدامته، لأنه منسوب إلى التطيب.

والثاني: لا يحنث بالاستدامة، لأنه لم يستحدث فعلاً.

والثالث: أنه إن كان أثر طيبه باقياً، حنث، وإن بقيت الرائحة دون الأثر لم يحنث، وهي طريقة أبي الغياض اعتباراً ببقاء العين، وزوالها ولو حلف لا يسافر، حنث بأن يستأنف السفر طويلاً، كان أو قصيراً فأما إذا حلف وهو مسافر، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأخذ في العود من سفره، فلا يحنث، لأنه قد أخذ في ترك السفر.

والثانية: أن يكون باقياً على وجهه في السفر، فيحنث باستدامة مسيره، لأن أخذ في السفر.

والثالثة: أن يقيم مكانه من سفره، ففي حنثه باستدامته وجهان:

أحدها: يحنث كالتوجه لبقائه على السفر.

والثاني: لا يحنث لكفه عن السير، فصار كالعود.

وكل ما لم نسمه فهو معتبر بما سميناه من هذه الأقسام، فيكون ملحقاً بأشبهها به والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ بَيْتاً وَهُوَ بَدَوِيٌّ أَوْ قَرَوِيٌّ وعلا نِيَّةَ لَهُ فَأَيَّ بَيْتٍ مِنْ شَعَرَ أَوْ أَدمٍ أَوْ خَيْمَةٍ أَوْ بَيْتٍ مِنْ حِجَارَةٍ أَوْ مَدَرٍ أَوْ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ بَيْتٍ سَكَنَهُ حَنَثَ».

قال في الحاوي: اعلم أن بيوت السكنى تختلف من وجهين:

أحدها: باختلاف الأحوال.

والثاني: باختلاف العادات.

فأما المختلف باختلاف الأحوال فللبوادي بيوت النقلة من الأدم، والشعر، لأنهم ينتجعون في طلب الكلأ، فيسكنون من البيوت ما ينتقل معهم في النجعة من الخيام، والفساطيط، ولأهل القرى بيوت الاستقرار فيسكنون ما يدوم ثبوته في أوطانهم من الأبنية المستقرة، وأما ما يختلف باختلاف العادات، فهو أن بيوت أهل الأمصار لتشيدها، وقسمة مساكنها، مخالفة لبيوت أهل القرى في ذهابها، واحتلال قسمها وتختلف العادات، فمنهم من يبني بالأحجار والنورة، ومنهم من يبني بالآجر والجص، ومنهم من يبني باللبن والطين، ومنهم من يبني بالخشب، ومنهم من يبني بالقصب، واختلاف العادات، لا تؤثر في الأيمان وجميعها بيوت لمن اعتادها، ومن لم يعتدها، فإذا حلف لا يسكن بيتاً، حنث بسكنى كل بيت منها، وإن لم يعتد سكناه من حجر أو أجر أو طين أو خشب، أو قصب، محكم يدوم على مرّ السنين، ولا يحنث أن يسكن بيوت الرعاة من

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

الهشيم، والجريد، والحشيش، لأنه يستدفع به أذى وقت من حر أو برد، ولا يستدم سكناها، فأما إن سكن مسجداً أو حماماً، لم يحنث لأمرين:

أحدهما: أن انطلاق اسم البيت عليهما مجاز لا حقيقة.

والثاني: أنهما لا يسكنان في العرف، فلهذا لم يحنث لسكناهما.

فصل:

وأما ما اختلف باختلاف الأحوال من بيوت النقلة للبوادي وبيوت الاستقرار لأهل الأمصار، فلا يختلف مذهب الشافعي وسائر أصحابه، أن بيوت الاستقرار، من أبنية أهل الأمصار والقرى يحنث الحالف بسكناها بدوياً، كان أو قروياً لأمرين:

أحدهما: انطلاق اسم الحقيقة عليها، ووجود عرف الاستعمال فيها، فاقترن بحقيقة الاسم عرف الاستعمال.

وأما بيوت النقلة من خيم الشعر، وفساطيط الأدم فقد قال الشافعي يحنث بسكناها البدوي، والقروي، فلم يختلف أصحابه أن الحالف لا يسكن بيتاً، إذا كان بدوياً حنث بسكناها، لانطلاق اسم الحقيقة عليها ووجود عرف الاستعمال فيها، وإن كان الحالف قروياً، فقد اختلف أصحابه هل يحنث بسكناها، وحمل كلام الشافعي على أهل قرى عربية، يسكن أهلها بيوت المدر تارة، وبيوت الشعر أخرى، فأما من لا يسكن إلا بيوت المدر فلا يحنث بسكنى بيوت الشعر والأدم وبه قال أبو حنيفة لخروجها عن العرف والعادة، كما لو حلف لا يأكل رؤوساً لم يحنث، برؤوس الطير والجراد، حتى يأكل رأس النعم من الإبل، والبقر، والغنم، وإن انطلق اسم الحقيقة على جميعها اعتباراً بالعرف والعادة، وكذلك لو حلف لا يأكل بيضاً لم يحنث ببيض السمك والجراد، وإن انطلق اسم البيض عليها حقيقة، حتى يأكل من البيض ما فارق بائضه حياً اعتباراً بالعرف.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: وأكثر المتأخرين أنه يحنث القروي بسكناها، كما يحنث البدوي لأمرين:

أحدهما: انطلاق اسم الحقيقة عليها.

والثاني: اقتران عرف الاستعمال فيها، وإن خرجت عن عادة الحالف لوجودها في غيره كما حنث البدوي بسكنى بيوت المدر.

وإن خرجت عن عادته، لوجودها في غيره، وكما لو حلف عراقي من أهل اليسار، أن لا يأكل خبزاً حنث بخبز الذرة، والأرز، وإن خرج عن عرفه وعادته، لوجودها في غيره فلا يعتبر في الأيمان عادة الحالف إذا وجدت في غيره، ويعتبر في الوكالة عادة الموكل دون غيره، فإذا وكله في شراء الخبز، وعادته أكل البر فاشترى له حب الأرز لم يلزمه، ولو حلف لا يأكل الخبز وعادته أكل البر فأكل حب الأرز حنث.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وإِنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ طَعَاماً اشْتَرَاهُ فُلَانٌ فَاشْتَرَاهُ فُلَانٌ وآخَرُ مَعَهُ طَعَاماً وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَأَكَلَ مِنْهُ لَمْ يَحْنَثْ».

قال في الحاوي: وهو كما قال: إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، فاشترى زيد وعمرو طعاماً صفقة واحدة، فأكل منه لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: يحنث احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أنه قد أكل طعاماً قد اشتراه زيد، وعمرو، فوجب أن يحنث كما لو اشترياه في صفقتين.

والثاني: إلزام لنا أنه لما أجرى الشافعي على اجتماعهما في الشراء حكم الصفقتين في انفراد كل واحد منهما، بالرد بالعيب، وجب أن يجري عليه حكم الصفقتين في الحنث.

ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن الشراء عقد إذا اشتركا فيه، لم ينفرد أحدهما به واختص كل واحد منهما في العرف بنصفه، فلم تكمل الصفة، فلم يقع الحنث، لأن الأسماء في الأيمان يختص بالعرف.

والثاني: أن كل جزء من الطعام لم يختص الحالف بشرائه، فإن قل فوجب أن لا يقع له الحنث كما لو حلف، لا دخلت دار زيد فدخل داراً بين زيد وعمرو، أو حلف لا يلبس ثوب زيد، فلبس ثوباً بين زيد وعمرو لم يحنث بوفاق أبي حنيفة، كذلك يلزمه أن لا يحنث بطعام اشتراه زيد وعمرو.

فأما الجواب عن استدلاله بالشراء في صفقتين مشاعاً فهو أن كل جزء من أجزاء الطعام قد اشترى زيد نصفه، بعقد تام فوجد شرط الحنث، وإذا كان بعقد واحد فهو مشترك، فلم يكمل شرط الحنث فافترقا.

وأما الجواب عما ذكره من الرد بالعيب، فهو أن الأيمان والأحكام وإن اشتركا في اعتبار الأسماء فقد افترقا في غيرها، فاعتبر العرف في الأيمان واعتبر المعنى في الأحكام، فصار هذا الفرق مانعاً من اشتراكهما في تعلق الحكم بهما على سواء.

فصل:

فأما إذا اشترى زيد طعاماً انفرد به، واشترى عمرو طعاماً انفرد به، وخلطاه فأكل منه الحالف، ففي حنثه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يحنث بحال، وإن أكل جميع

(١) انظر الأم (٥/٢٣١).

الطعامين، لأن الاختلاط المحلوف عليه بغيره خارج في العرف عن اسم الانفراد، فخرج عنه من حيث الأيمان، حتى قال أبو سعيد الإصطخري: لو حلف لا يأكل جبناً فأكل خبزاً وجبناً لم يحنث، وزعم من نص قوله بأن الشافعي قد نص في الجامع الكبير: «أنه لو حلف لا يأكل زيتاً فأكل خبزاً وزيتاً لم يحنث»، وهذا المحكي عنه في الجامع الكبير سهو من حاكيه، والموجود في الجامع الكبير للمزني عن الشافعي: «أنه لو حلف لا أكل خبزاً وجنباً فأكل خبزاً وزيتاً، لم يحنث» ورد بهذا القول على مالك حيث حنثه بذلك فهذا وجه.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه إذا اختلط الطعامان وكانا متساوين في القدر فأكل منهما أكثر من النصف حنثه، لعلمنا أنه قد أكل مما اشتراه زيد، وإن أكل أقل من النصف، لم يحنث للاحتمال وجواز أن لا يكون قد أكل ما اشتراه زيد، لأن الحنث لا يقع بالاحتمال، والجواز.

والثالث: مذهب البصريين ويشبه أن يكون قول أبي علي بن أبي هريرة أنه إن كان الطعام مائعاً، كاللبن، والعسل، حنث بأكل قليله وكثيره لامتزاجه، وكذلك الدقيق، لأنه كالمانع في الامتزاج، وإن كان متميزاً مثل التمر، والرطب، لم يحنث، حتى يأكل منه أكثر من النصف لدخول الاحتمال في المتميز، وانتفائه عن الممتزج.

وقد قال الشافعي: «لو حلف على تمرة أن لا يأكلها فوقعت في تمر كثير. فأكله كله إلا تمرة لم يحنث» لجواز أن تكون الباقية هي التمرة المحلوف عليها.

فصل:

ولو حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، فأكل من طعام ورثه زيد، أو استوهبه، لم يحنث، لأنه جعل الشراء شرطاً في الحنث.

وقال مالك: يحنث، لأن المقصود ملك زيد، ولو كان زيد في الشراء وكيلاً، فأكل منه الحالف لم يحنث، لأن الشراء من غيره، وحنثه مالك، لأنه من ملكه ولو توكل زيد لغيره فاشترى طعاماً لموكله، حنث الحالف بأكله، وإن لم يملكه زيد، لأن اليمين معقودة على الشراء، دون الملك، وهذا إذا كانت اليمين مطلقة فأما إن كانت له نية فإنه يحمل في الحنث على نيته.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ دَارَ فُلَانٍ هَذِهِ بِعَيْنِهَا فَبَاعَهَا فُلَانٌ حَنَثَ بِأَيِّ وَجْهٍ سَكَنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَإِنْ كَانَتْ نِيَّتُهُ مَا كَانَتْ لِفُلَانٍ لَمْ يَحْنَثْ إِذَا خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣١).

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا حلف على دار زيد أن لا يسكنها ولا يدخلها فذلك ضربان:

أحدهما: أن يعين الدار فيقول لا دخلت دار زيد هذه، فتكون اليمين منعقدة على عين الدار، وتكون إضافتها إلى زيد تعريفاً فإن دخلها، وهي على ملك زيد حنث، بإجماع، وإن دخلها بعد أن باعها زيد حنث عندنا وهو مذهب مالك، ومحمد بن الحسن، وزفر تغليباً لحكم العين دون الإضافة.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا يحنث بزوال ملك زيد عنها، وجعل إضافتها إلى زيد شرطاً في عقد اليمين احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أن المقصود بهذه اليمين قطع الموالاة، وإظهار العداوة والدار لا توالي ولا تعادي فصار صاحبها مقصوداً، فكان بقاء ملكه في اليمين شرطاً.

والثاني: أنه لما كان دخولها موقوفاً على إذنه، وجب أن يكون بقاء ملكه شرطاً في حنثه.

ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن اليمين إذا تعلقت بعين مضافة وجب أن يغلب حكم العين على الإضافة، ويقع بهما الحنث مع زوال الإضافة كما لو حلف لا يكلم زوجة زيد، فطلقها زيد حنث بكلامها، تغليباً للعين على الإضافة، كذلك إذا قال: لا دخلت هذه الدار، التي لزيد، وجب أن يحنث بدخولها وإن خرجت عن ملك زيد، فإن قيل: الزوجة توالي وتعادي فغلب حكم العين على الإضافة، والدار لا توالي ولا تعادي، فغلب حكم الإضافة على العين. قيل: اعتبار هذا التعليل في إيقاع الفرق بين الفرع، والأصل باطل في الفرع بأن يقول: لا دخلت الدار من غير إضافة، فيحنث بدخولها، وإن كانت الدار لا توالي ولا تعادي وباطل في الأصل بأن يقول لا كلمت عبد زيد فحنث عنده بكلامه، إذا باعه زيد، وإن كان العبد لا يوالي ولا يعادي وإذا بطل التعليل في الأصل والفرع سقط.

والثاني: أن العين إذا أضيفت إلى صفة، كانت الصفة تعريفاً ولم تكن شرطاً، كما لو قال: لا كلمت هذا الراكب، لم يكن بقاء ركوبه شرطاً في حنثه، وحنث بكلامه راكباً، ونازلاً لأنهما إضافة تعريف، كذلك دار زيد وقد مضى الجواب عن استدلالهم بالموالاة، والمعاداة.

فالجواب عن استدلالهم بأن دخولها موقوف على إذن مالكها، فهو أن الإذن في الدخول غير معتبر في البر، والحنث، فكان أولى لا يعتبر به مستحق الإذن والله أعلم.

فصل:

والثاني: أن يعين الدار بأن يقول: لا دخلت دار زيد، فتكون اليمين منعقدة على ملك زيد للدار، فأي دار دخلها، وزيد مالكها حنث بدخولها فإن باعها زيد بعد ملكه

لها، فدخلها الحالف لم يحنث بوفاق. والفرق بين الإطلاق والتعيين، أن عدم العين في الإطلاق أوجب عقد اليمين على الإضافة، ووجود العين في التعيين، أوجب عقدها على العين ألا تراه لو أسلم في ثوب هروي. كان العقد مختصاً بالصفة، ولو اشترى هذا الثوب الهروي، كان العقد مختصاً بالعين دون الصفة، فإن وجده هروياً لم يبطل البيع، فإن حلف لا يدخل دار زيد، فدخل داراً بين زيد وعمرو لم يحنث قل سهم زيد فيها، أو كثر، لأن ملكه لم يكمل وإن أعار زيد داره، أو رهنها حنث، بدخولها، لبقائها على ملكه، ولو وقفها لم يحنث لخروج الوقف عن ملك واقفه، ولو دخل استأجرها زيد من مالكها، لم يحنث بدخولها لأن حقيقة الإضافة محمولة على الملك دون اليد والتصرف وهذا مع إطلاق يمينه، وإن حنثه مالك بهذا كله فأما إذا كانت له نية، فحنثه محمول على نيته، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا فَانْهَدَمَتْ حَتَّى صَارَتْ طَرِيقاً لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِدَارٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا حلف، لا يدخل هذه الدار، فانهدمت وصارت عراصاً، فدخلها لم يحنث، وهكذا لو حلف لا يدخل هذا البيت، فانهدم، وصار براحاً لم يحنث.

وقال أبو حنيفة: إذا دخل عرصة الدار بعد انهدامها حنث، وإذا دخل عرصة البيت بعد انهدامه، لم يحنث فوافق في البيت، وخالف في الدار، إلا أن يبني مسجداً أو حماماً، أو يجعل بستاناً، استدلالاً بأن اسم الدار ينطلق على العرصة بعد ذهاب العمارة، كما ينطلق عليها مع العمارة كما يقولون هذه ديار عاد، وديار ثمود، وديار ربيعة، وديار مضر، وإن ذهبت عمارتها، وبقيت عراصها، وهو واضح في أشعار العرب قال النابغة:

يَا دَارَ مَيَّةَ بِالْعَلْيَاءِ فَالسَّنَدِ ... أَقْوَتْ وَطَالَ عَلَيْهَا سَالِفُ الأَمَدِ

وقال لبيد:

عَفَتْ الدِّيَارُ مَحَلُّهَا فَمُقَامُهَا ... بِمِنًى تَأَبَّدَ غَوْلُهَا فَرِجَامُهَا

فَمَا هَا دَاراً بَعْدُ أَقْوَاتُهَا

والعفا: الدرس، فسماها دياراً بعد دروسها، فكان بقاء الاسم على عرصها موجباً، لوقوع الحنث، بدخولها، ولأنه لو انهدم من سورها، فأدخل منه إلى عرصة ضمنها حنث، وإن لم يدخل في بناء ولا صار في عمارة فكذلك إذا انهدم جميع بنائها حنث بدخول عرصتها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

ودليلنا هو أن ما تناوله الاسم مع البناء زال عنه حكم الحنث بذهاب البناء، كالبيت فإن قيل: البيت لا يسمى بعد انهدامه بيتاً، وتسمى الدار بعد انهدامها داراً بطل بقول الله تعالى: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوٓا۟﴾ [النَّمل: ٥٢]. فسماها بعد الخراب بيوتاً، ولأن ما منع من الحنث بدخول عرصة البيت، منع منه بدخول عرصة الدار، كما لو بنى العرصة مسجداً، ولأن أبا حنيفة قد وافقنا أنه لو حلف لا يدخل داراً، ولم يعينها، فدخل عرصة دار قد انهدم بناؤها لم يحنث كذلك إذا عينها.

وتحريره أن كل ما لا يتناوله الاسم الحقيقي، مع عدم التعيين، لم يتناوله مع وجود، التعيين كالبيت.

فإن قيل: قد فرق الشرع في الأيمان بين التعيين والإبهام، لأنه لو حلف فقال: لا جلست في سراج فجلس في الشمس لم يحنث، وإن سماها الله تعالى سراجاً، ولو عين، فقال: لا جلست في هذا السراج إشارة إلى الشمس حنث بجلوسه فيها، ولو حلف لا جلست على بساط فجلس على الأرض لم يحنث وإن سماها الله تعالى بساطاً، ولو عين، فقال: لا جلست على هذا البساط مشيراً إلى الأرض، فجلس عليها حنث فصارت الشمس سراجاً مع التعيين، وإن لم تكن سراجاً مع الإبهام وصارت الأرض بساطاً مع التعيين، وإن لم تكن بساطاً مع الإبهام، كذلك وجب أن تكون العرصة داراً مع التعيين، وإن لم تكن داراً مع الإبهام، قلنا: ليس يفترق التعيين، والإبهام في حقائق الأسماء، فإن اسم السراج ينطلق على الشمس مجازاً في الإبهام، والتعيين، واسم البساط ينطلق على الأرض مجازاً في الإبهام، والتعيين، وإنما جعل التعيين مقصوداً والاسم مستعاراً، فإذا أبهم الاسم اعتبر فيه الحقيقة، دون المجاز المستعار والتعيين، في الدار توجه إلى شيئين جمعهما حقيقة الاسم وهي العرصة والبناء، فإذا ذهب البناء زال شطر العين، فارتفع حقيقة الاسم ولأن الإبهام، إذا حلف لا دخلت داراً، أعم من التعيين، وإذا حلف لا دخلت هذه الدار، لأنه يحنث في الإبهام بدخول دار، ولا يحنث في التعيين إلا بدخول تلك الدار فلما ارتفع بالهدم حكم الأعم، كان أولى أن يرتفع به حكم الأخص. فأما الجواب عن قولهم بأن اسم الدار ينطلق عليها بعد انهدامها هو أن الاسم ينطلق عليها بعد الهدم على أحد وجهين:

إما على الاستعارة والمجاز، والأيمان تراعى فيها حقائق الأسماء دون مجازها، وإما لأنها كانت داراً فاستصحب اسمها اتساعاً، والأسماء في الأيمان معتبرة، بالحال دون ما سلف، كما لو حلف لا كلمت عبداً فكلمه معتقاً، ثم يقال لأبي حنيفة هذا الاستدلال، والتعيين يفسد بالإطلاق في الإبهام، وأما استدلاله بدخوله إلى صحنها من هدم من سورها، فنشرح من مذهبنا فيه ما يكون انفصالاً عنه، وهو أنه ليس يخلو حال ما انهدم منها، وبقي من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يمنع من سكنى شيء منها، فيحنث بدخوله من المستهدم والعامر.

والثاني: أن يمنع بالهدم من سكنى الباقي، وسكنى المستهدم، فلا يحنث بدخول ما بقي، ولا بدخول ما انهدم.

والثالث: أن يمنع الهدم من سكنى ما استهدم، ولا يمنع من سكنى ما بقي على عمارته، ولم يستهدم فلا يحنث بدخول المستهدم منها، ويحنث بدخول الباقي من عامرها، ولو انهدمت بيوتها، وبقي سورها، فإن كان السور مانعاً لعلوه حنث بدخوله، وإن كان غير مانع لقصره فالصحيح أنه لا يحنث بدخوله، وخرج بعض أصحابنا وجهاً آخر فمن حلف لا يدخل الدار، ورقا على سطحها أنه يحنث، إذا كانت عليه سترة وليس هذا التحريم صحيحاً، لأن السطح ممتنع بسكنى أسفله، فجاز أن يكون قصر سترته مانعاً فخالف الباقي من سترة الدار.

فصل:

وإذا انهدمت الدار المحلوف عليها فبنيت مسجداً، أو حماماً، لم يحنث بدخوله، سواء كان البناء بتلك الآلة، أو بغيرها لزوال اسم الدار عنها، وإن أعيد بناؤها داراً، لم يخل أن تبنى بتلك الآلة، أو بغيرها، فإن بنيت بغير تلك الآلة، لم يحنث، لأنه دخل غير تلك الدار، وإن بنيت الآلة ففي حنثه بدخولها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لا يحنث، لأن غير ذلك البناء يجعلها غير تلك الدار.

والثاني: يحنث لأن تلك العرصة، وتلك الآلة تجعلها تلك الدار وجرى تغيير بنائها، مجرى تغيير سقوفها وأبوابها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلْ مِنْ بَابِ هَذِهِ الدَّارِ فِي مَوْضِعٍ فَحَوَّلَ لَمْ يَحْنَث إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ أَنْ يَدْخُلَهَا فَيَحْنَثَ».

قال في الحاوي: اعلم أنه لا يخلو حال من حلف، لا يدخل هذه الدار من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يطلق يمينه في دخولها، ولا يسمى موضع دخوله إليها، فيحنث بدخولها من بابها، وغير بابها، من ثقب فيها أو وجدار تسوره، حتى دخلها لأن عقد اليمين في الإطلاق مقصور على الدخول، دون المدخل.

والثاني: أن يحلف «لا دخلتها من هذا الباب» فإن دخلها منه حنث، وإن دخلها من باب استحدث لها، لم يحنث، سواء فعل ذلك الباب من الأول إلى المستحدث، أو ترك، وحكى أبو حامد الإسفراييني عن بعض أصحابنا أنه إن نقل باب الأول إلى الثاني،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

حنث بدخول الثاني دون الأول، وإن ترك على الأول حنث بدخول الأول، ولم يحنث بدخول الثاني، فجعل الباب معتبراً بالخشب المنحوت دون الفتح المعقود، والذي عليه جمهور أصحابنا هو المعول عليه من مذهب الشافعي أن الباب معتبر بالفتح المقعود، دون الخشب المنصوب، لأن الباب على ما يكون منه الدخول، والخروج، وذلك من الفتح المعقود، فكان أحق بالاسم من الخشب المنصوب.

والثالث: أن يحلف لا دخلت هذه الدار من بابها، ولا يشير إلى باب بعينه، فإن تسور عليه من جدارها، أو دخل من ثقب في حائطها لم يحنث، وإن دخل من بابها الموجود لها وقت يمينه حنث، وإن استحدث لها باب غيره فدخل منه ففي حنثه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر ما نص عليه الشافعي في هذا الموضع، أنه لا يحنث وبه قال أبو علي بن أبي هريرة لأن اليمين انعقدت على باب موجود، فكان شرطاً في الحنث، كما لو حلف: «لا دخلت دار زيد» فباعها زيد لم يحنث.

والثاني: وهو أظهرهما وبه، قال أبو إسحاق المروزي أنه يحنث لأن الحادث باب لها فصار داخلاً من بابها فصار كما لو حلف «لا دخلت هذه الدار التي لزيد» فباعها زيد، حنث بدخولها، فيكون نص الشافعي محمولاً على تعين الباب دون إبهامه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ ثَوْباً وَهُوَ رِدَاءٌ فَقَطَعَهُ قَمِيصاً أَوْ ائْتَزَرَ بِهِ أَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ سَرَاوِيلَ فَائْتَزَرَ بِهِ أَوْ قَمِيصاً فَارْتَدَى بِهِ فَهَذَا كُلُّهُ لُبْسٌ يَحْنَثُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ فَلَا يَحْنَثُ إِلَّا عَلَى نِيَّتِهِ».

قال في الحاوي: وهذه مسألة اختلط فيها كلام أصحابنا، حتى خبطوا خبط عشواء، وسنذكر ما يسره الله تعالى، وأرجو أن يكون بالصواب مقروناً، فإذا حلف لا يلبس ثوباً، وهو على صفة، فلبسه وهو على خلافها، كمن حلف لا يلبس ثوباً هو رداء فائتزر به، أو قطعه قميصاً، أو حلف لا يلبس قميصاً، فارتدى به، أو قطعه سراويل أو حلف لا يلبس سراويل، فائتزر به، أو حوله منديلاً أو حلف لا يلبس طيلساناً، فتعمم به، أو قطعه ملبوساً، فلا يخلو حال يمينه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعقدها على عين الثوب، ويلغي صفته، وصفة لبسه، فهذا يحنث على أي حال لبسه، وعلى أي صفة لبسه مع تغير أحواله، وأوصافه اعتباراً، بعقد اليمين على عينه، دون صفته، وهذا مما اتفق أصحابنا عليه.

والثاني: أن يعقد يمينه على صفة الثوب وصفة لبسه فحنث يلبسه إذا كان على حاله، وعلى الصفة المعتادة في لبسه، ولا يحنث أن يجعل الإزار قميصاً، أو اتزر به،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

ولا إن جعل القميص سراويل، أو ارتدى به ولا أن جعل السراويل منديلاً، أو اتزر به، حتى يجمع في لبسه بين بقائه على صفته، وبين المعهود في لبسه، اعتباراً بما عقد يمينه عليه، من الجمع بين الأمرين، وهذا مما اتفق أيضاً عليه أصحابنا.

والثالث: وهو الذي اختلط فيه الكلام، واختلف فيه الجواب وهو أن يعقد يمينه على الإطلاق، فيقول: لا لبست هذا الثوب، أو هذا القميص، أو هذا السراويل، فيغيره عن صفته، أو يلبسه على غير عادته، فقد اختلف أصحابنا فيما يقع به حنثه على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يحنث بلبسه على أي صفة كانت، فإن غير القميص سراويل أو ارتدى به أو غير السراويل منديلاً، أو اتزر به حنث وهو قول الجمهور من أصحابنا، تغليباً لحكم العين على الصفة ولحكم الفعل على العادة، وقد نص بقوله، فهذا كله ليس يحنث به، ويكون قوله: لا لبست ثوباً وهو رداء من كلام الشافعي صفة للثواب، وليس من كلام الحالف شرطاً في الحنث، لأن الحالف لو قال: «هذا لم يحنث إذا لبسه وهو غير رداء».

والثاني: وهو منسوب إلى المزني، وطائفة من متقدمي أصحابنا أنه لا يحنث بلبسه، إذا غيره عن صفته، ولا إذا لبسه على غير عادته، فإن جعل الرداء قميصاً، أو القميص سراويل، وارتدى بالقميص أو اتزر بالسراويل، لم يحنث، حتى يتقمص بالقميص، ويتسرول بالسراويل، ويرتدي بالرداء، فيجمع بين بقائه على صفته، وبين لبسه على عادته، حتى حكى عن المزني، أنه قال لو حلف لا يلبس خاتماً، فلبسه في غير الخنصر من أصابعه لم يحنث، لأنه عدل به عن عادة لبسه، والعرف ولعادة في الأيمان شرط معتبر، ولأن المحرم ممنوع من لبس القميص والسراويل، ولو ارتدى بالقميص واتزر بالسراويل، جاز ولم يكفر وتأول قائل هذا الوجه كلام الشافعي، فهذا كله ليس بحنث على النفي أي لا يحنث به وهذا التأويل لكلامه زلل من قائله، لأن الشافعي قال بعده، إلا أن تكون له نية ولا نحسبه إلا على نيته، وهذا استثناء ضد حكم المستثنى منه فهذا الاستثناء نفي فلم يجز أن يعود إلى نفي، لأنه إنما يستثنى النفي من الإثبات، ويستثنى الإثبات من النفي، فدل على فساد هذا التأويل، وإن كان لما قاله من الحكم وجه.

والثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه إن كانت يمينه على الثوب حنث بلبسه على جميع الأحوال، فإن اشتمل به أو ارتدى أو تعمم، أو قطعه قميصاً أو سراويل حنث، وإن كانت يمينه على قميص لم يحنث إذا غيره فجعله سراويل، أو ارتدى به، ولم يتقمص، وفرق بين اسم الثوب والقميص بأن اسم الثوب عام، ينطلق على كل ملبوس، ولا يزول عنه اسم الثوب وإن تغيرت أوصافه، واسم القميص خاص، يزول عنه اسم القميص إذا غيره فجعل سراويل، أو يخرج عن العرف، إذا لبس على غير المعهود من

الارتداء به فلم يحنث بتغيير لبسه، ولا بتخيير قطعه، لوقوع الفرق بينهما ببقاء الاسم على الثوب إذا غير لعمومه وزواله عن القميص، إذا غير لخصوصه ومن حكى عن أبي إسحاق غير هذا حرف عليه، لأن شرحه دار على ما ذكرنا.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ ثَوْبَ رَجُلٍ مَنَّ عَلَيْهِ فَوَهَبَهُ لَهُ فَبَاعَهُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ ثَوْباً لَبِسَهُ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا أَنْ يَلْبَسَ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ بِعَيْنِهِ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى مَخْرَجِ اليَمِينِ ثُمَّ أَحْنُث صَاحِبَهَا أَوْ أَبَرُّهُ وَذَلِكَ أَنَّ الأَسْبَابَ مُتَقَدِّمَةٌ وَالأَيْمَانُ بَعْدَهَا مُحَدَّثَةٌ قَدْ يَخْرُجُ عَلَى مِثَالِهَا وَعَلَى خِلَافِهَا فَأُحْنِثُهُ عَلَى مَخْرَجِ يَمِينِهِ أَرَأَيْتَ رَجُلاً لَوْ كَانَ قَالَ وَهَبْتُ لَهُ مَالِي فَحَلَفَ لِيَضْرِبَنَّهُ أَمَا يَحْنَثُ إِنْ لَمْ يَضْرِبْهُ؟ وَلَيْسَ يُشْبِهُ سَبَبَ مَا قَالَ؟».

قال في الحاوي: اعلم أن عقد الأيمان ضربان:

أحدهما: ما ابتدأ الحالف عقد يمينه على نفسه من غير أن يتقدمها سبب يدعو إليه، فيقول مبتدأ والله لا كلمت زيداً فلا يحنث بغير كلامه، أو يقول: لا أكلت طعامه، فلا يحنث بغير أكل طعامه، أو لا لبست له ثوباً، فلا يحنث بغير لبس ثيابه، أو لا ركبت له دابة، فلا يحنث بغير ركوب دوابه، وهذا متفق عليه، لم يخالفنا مالك في شيء وتكون اليمين مقصورة على اقتضاه الاسم من خصوص وعموم.

والثاني: أن تتقدم اليمين أسباب دعت إليها مثل أن يمن عليه رجل بإحسان أوصله إليه، أو بمال أنعم به عليه، فبعثه ذلك على اليمين فيقول والله لا لبست لك ثوباً، ولا شربت لك ماء من عطش فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في هذا هل تكون اليمين محمولة على السبب المتقدم أو مقصورة على العقد المتأخر، فذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أنها مقصورة على ما تضمنه لفظ الحالف في عقودها، ولا اعتبار بما تقدمه من سببها، فإذا حلف لا يلبس له ثوباً لم يحنث بركوب دوابه، ولا بأكل طعامه، ولا بدخول داره. وإذا حلف لا شربت لك من عطش لم يحنث ليشرب غير الماء من الشراب ولا بلبس الثياب ولا بركوب الدواب وقال مالك رحمه الله ومن وافقه من أهل المدينة رضي الله عنهم: أن يمينه محمولة على السبب الداعي إليها، فإذا كان سببها المنة عامة، حنث بكل نفع عاد إليه، فإن حلف لا يلبس له ثوباً حنث بأكل طعامه وركوب دوابه، وسكن داره، ولو حلف لا شربت لك ماء من عطش حنث بكل أقواله وحنث إن استظل بجدار داره اعتباراً بعموم السبب. وإلغاء الخصوص في اليمين استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لما جاز في الأيمان تخصيص عمومها بالعرف حتى يخرج منها بعض ما انطلق عليه الاسم جاز أن يتجاوز خصوصها بالعرف، إلى غير ما انطلق عليه الاسم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

والثاني: أنه لما جاز في أصول الشرع تخصيص العموم في قتل المشركين مع وجود الاسم، وجاز تجاوز النص في ثبوت الربا في البر أن ما لا ينطلق عليه اسم البر وجب اعتبار مثله في الأيمان فيخص عمومها بالعرف تارة مع وجود الاسم ويتخطاه بالعرف تارة مع عدم الاسم.

والدليل على اعتبار الاسم وإسقاط السبب هو أن السبب قد يتجرد عن اليمين فلا يتعلق، وقد تنفرد اليمين عن سبب فيتعلق بها الحكم فوجب إذا اجتمعا وهما مختلفان أن يتعلق الحكم باليمين دون السبب لأمرين:

أحدها: لقوة اليمين على السبب.

والثاني: لحدوث اليمين وتقدم السبب وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩]. ولأن ما لا ينطلق عليه حقيقة الاسم المظهر لم يجز أن يكون في الأيمان معتبراً ألا تراه لو قال: والله لا، وقطع كلامه، فقال: أردت: لا كلمت زيداً، لم تنعقد يمينه على الامتناع من كلامه، وإن أراده بقلبه وقرنه بيمينه فلأن لا تنعقد على السبب الذي يقترن باليمين ولم يعتقد القلب أولى: وقد قال النبي ﷺ: «إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر»[(١)].

واحتج الشافعي رضي الله عنه على إلغاء السبب بأن رجلاً لو وهب لرجل مالاً فحلف الموهوب له ليضربن الواهب. حنث إن لم يضربه، وإن كان يمينه مخالفة لما تقدمها من السبب، وقد كان يلزم من اعتبار الأسباب أن لا يحنثه فيها، وإن لم نقله فدل على فساد اعتباره.

فأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما جاز في الأيمان تخصيص عمومها بالعرف جاز تخطي خصوصها بالعرف، فهو أن العرف من تخصيصها مقارن بعقدها فجاز اعتباره والعرف في تخطي خصوصها، مفارق فلم يجز اعتباره وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما جاز في أصول الشرع تخصيص العموم مع وجود الاسم وجاز تجاوز النص في ثبوت الربا في البر إلا ما لا ينطلق عليه اسم البر كذلك في الأيمان معتبرة بالأسامي دون المعاني، لأن الضرورة دعت في المسكوت عنه في أحكام الشرع إلى اعتبار المعاني وتجاوز الأسامي، ولم تدع الضرورة في الأيمان إلى اعتبار المعاني، فوقفت على اعتبار الأسامي والله أعلم.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَدْخُلَ بَيْتَ فُلَانٍ فَدَخَلَ بَيْتاً يَسْكُنُهُ فُلَانٌ بِكِرَاءٍ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِأَنَّ يَكُونَ نَوَى مَسْكَنَ فُلَانٍ فَيَحْنَثَ».

---

(١) انظر: «تذكرة الموضوعات» للفتني (٨٦).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

قال في الحاوي: أما إذا قال: والله لا دخلت مسكن زيد، فدخل داراً يسكنها زيد بملك أو إجارة أو غصب حنث لأنها مسكن له في الأحوال كلها، ولو حلف لا يدخل دار زيد، فدخل داراً يملكها زيد حنث. سواء كان يسكنها أو لا يسكنها، ولو كان زيد يملك نصفها أو أكثرها لم يحنث، ولو دخل داراً يسكنها زيد بإجارة وهو لا يملكها لم يحنث على مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة ومالك يحنث استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿كَمَآ أَخۡرَجَكَ رَبُّكَ مِنۢ بَيۡتِكَ بِٱلۡحَقِّ﴾ [الأنفال: ٥]، وكان قد أخرجه من بيت خديجة: فأضاف البيت إليه، وإن لم يملكه، لأنه كان ساكنه. وقال تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾ [الطلاق: ١]، أي من بيوت أزواجهن فأضافها إليهن بسكناها، لأن ملكها لا يجوز أن يخرج منه بالفاحشة المبينة، ولا يغيرها ولأنه لما كان الإذن في دخولها مقصوراً عليه دون مالكها صار بالإضافة إليه أحق فوجب أن يكون بالحنث ألزم.

ودليلنا أن إضافة الأملاك بلام التمليك تقتضي إضافة الملك للرقاب دون المنافع ألا تراه لو قال: هذه الدار لزيد كان هذا إقراراً منه له بالملك دون المنفعة، فلو قال: أردت أنه مالك لمنافعها لم يقبل منه فإذا كان هذا في الإقرار موجباً للملك وجب أن يكون في الأيمان محمولاً على الملك، ولأنه لو سكن زيد دار عمرو، فحلف رجل ألا يدخل دار زيد وحلف آخر لا يدخل دار عمرو ثم دخلها كل واحد من الحالفين قالوا: يحنثان جميعاً فجعلوها كلها دار زيد، وجعلوها كلها دار عمرو ومن المستحيل أن يكون كل الدار لزيد وكلها لعمرو، فوجب أن تضاف إلى أحقهما بها والمالك أحق بها من الساكن، لأن الساكن لو حلف أن الدار له، حنث والمالك إن حلف أن الدار له لم يحنث. فوجب أن يكون الحانث من الحالفين من اختص بالملك دون الساكن. وأما الجواب عن استدلالهم بالآيتين في إضافة الدار إلى ساكنها فهو أنها إضافة مجاز لا حقيقة كما يقال: مال العبد وسرج الدابة، والأيمان محمولة على حقائق الأسماء دون مجازها.

وأما الجواب عن استدلالهم بالإذن فهو أن استحقاق الإذن لا يغير حكم الملك، كما لو حلف المالك لا دخلت داري فدخل داراً قد أجرها حنث، وإن كان الإذن في دخولها حقاً لغيره، فإذا تقرر هذا فهذا هو الكلام في الحكم مع عدم النية، فأما إن كانت له نية تخالف هذا الإطلاق حمل في الحنث على نيته.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حُمِلَ فَأُدْخِلَ فِيهِ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُوَ أَمَرَهُمْ بِذَلِكَ تَرَاخَى أَوْ لَمْ يَتَرَاخَ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

قال في الحاوي: أما إذا حلف أن لا يدخل داراً فدخلها مختاراً ذاكراً حنث بدخولها ماشياً كان أو راكباً لأنه دخل إليها حقيقة، ولو دخلها ناسياً كان على قولين نذكرهما من بعد، ولو حمل فأدخل إليها محمولاً فلا يخلو فيه من أحد أمرين: إما بأمره أو بغير أمره، فإن كان قد أمر بحمله فعل الدخول، وإن كان من غيره فهو منسوب إليه إذا كان عن أمره فأشبه دخوله إليها راكباً.

فإن قيل: لو حلف لا باع، ولا ضرب فأمر غيره بالضرب والبيع لم يحنث، فهلا كانت في الأمر بالدخول كذلك.

قيل: لأن البيع والضرب وإن كان عن أمره فالفعل موجود من غيره، فكان مثاله من دخول الدار أن يأمر غيره بالدخول فلا يحنث. فهذا إذا دخل الدار بأمر سواء أدخل عقيب الأمر أو بعد تطاول الزمان تسوية بين الفور والتراخي، لإضافته إلى أمره في الحالين، فأما إذا حمل وأدخل الدار بغير أمره لم يحنث، استصعب أو تراخى، وقال مالك رضي الله عنه إن استصعب على الحامل لم يحنث، وإن تراخى حنث لأنه مع الاستصعاب كاره ومع التراخي مختار، وهذا ليس بصحيح، لأنه غير فاعل ولا آمر، فلا يجوز أن يضاف إليه ما لم يفعله، ولم يأمر به، ولو جاز أن يضاف إليه لاستوى حكمه في حالتي الاستصعاب والتراخي لأن يمينه محمولة على الفعل دون الاختيار والكراهية، فأما قول الشافعي: «تراخى أو لم يتراخ» فمن أصحابنا من حمله على الرد على مالك في سقوط الحنث مع الاستصعاب والتراخي، ومنهم من حمله على الأمر في وقوع الحنث على الفور والتراخي فإذا ثبت أنه لا يحنث، إذا حمل نظر فإن بادر بالخروج منه عقب قدرته على الخروج فهو على بره وإن مكث بعد قدرته على الخروج. ففي حنثه قولان على ما بيناه من قبل هل يكون استدامة الدخول جارياً ابتداءه أم لا؟

وقد نص الشافعي ها هنا على أنه يحنث به فكان أولاهما بمذهبه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ: نَوَيْتُ شَهْراً لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ فِي الحُكْمِ إِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ وَدِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ».

قال في الحاوي: أما اليمين المطلقة أن لا يدخل الدار فمحمولة على التأبيد فإن قيدها نطقاً في الامتناع من دخولها شهراً لم يحنث بدخولها بعد انقضائه ولو نوى مع إطلاق يمينه أن لا يدخلها شهراً لم تخل اليمين من أن يتعلق بها حق آدمي أو لا يتعلق بها حق آدمي، وهي اليمين بالله تعالى في غير الإيلاء، فهو محمول على نيته في الظاهر والباطن لاختصاصها بحقوق الله تعالى المحضة فكانت موكولة إلى ديانته، وإن تعلق بها

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

حق آدمي كاليمين بالطلاق والعتاق وبالله في الإيلاء من الزوجة حمل على ظاهر الحكم عند نزاعه على ما اقتضاه ظاهر لفظه من التأبيد دون ما نواه من التقييد، لأن الحكم في حقوق الآدميين محمول على الظاهر فيقع الحنث بوجود ذلك على التأبيد، وهو فيما بينه وبين الله تعالى في البطن محمول على ما نوى من التقييد.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ عَلَى فُلَانٍ بَيْتاً فَدَخَلَ عَلَى رَجُلٍ غَيْرِهِ بَيْتاً فَوَجَدَ المَحْلُوفَ عَلَيْهِ فِيهِ لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ فِي البَيْتِ فَدَخَلَ عَلَيْهِ حَنَثَ فِي قَوْلِ مَنْ يُحَنِّثُ عَلَى غَيْرِ النِّيَّةِ وَلَا يَرْفَعُ الخَطَأَ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قَدْ سَوَّى الشَّافِعِيُّ فِي الحِنْثِ بَيْنَ مَنْ حَلَفَ فَفَعَلَ عَمْداً أَوْ خَطَأً».

قال في الحاوي: وصورتها أن يقول: والله لا دخلت على زيد بيتاً فيدخل عليه، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يدخل عليه في بيته الذي هو ساكنه إما بملك أو إجارة أو غصب، فإن كان ذاكراً ليمينه حنث، وإن كان ناسياً ففي حنثه قولان، وكذلك إذا دخل عليه مكرهاً على ما سنذكره من توجيه القولين:

أحدهما: يحنث بنفس الدخول.

والثاني: لا يحنث بنفس الدخول، ولا باستدامته مع تعذر الخروج، فإن أمكنه الخروج فأقام ولم يخرج حنث باستدامة الدخول قولاً واحداً، لأنه قد وجد منه العقل وتجدد منه الذكر فصار كالعمد.

والثالث: أن يدخل عليه في مسجد فقد نص الشافعي في كتاب الأم أنه لا يحنث لأن اسم البيت ينطلق على المسجد مجازاً، والحقيقة أن يسمى مسجداً، فحمل على الحقيقة دون المجاز، وعند مالك يحنث، لأنه يعتبر الأسباب.

والرابع: أن يدخل على عمرو بيتاً، فيكون زيد المحلوف عليه عنده في بيته فقد اختلف كلام الشافعي في حنثه بهذا الدخول فاختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه:

أحدها: وهو اختيار المزني أنه يحنث علم أن بالبيت أو لم يعلم اعتباراً بالفعل دون القصد، وهو قول من حنث العامد والناس.

والثاني: وهو اختيار الربيع أنه لا يحنث علم أنه في البيت أو لم يعلم، لأنه داخل على غيره اعتباراً بالمقاصد.

والثالث: وهو اختيار أبي العباس بن سريج أنه يحنث إن علم أنه في البيت ولا يحنث إن لم يعلم، لأنه مع العلم قاصد ومع الجهل غير قاصد، وهذا قول من فرق بين العمد والخطأ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢).

والرابع: وهو مذهب عطاء أنه إن لم يعلم به أو علم فاستثناه بقلبه لم يحنث وإن علم ولم يستثنه حنث تخريجاً ممن حلف لا يكلم زيداً فسلم على الجماعة وهو فيهم، واستثناه بنيته لم يحنث على ما سنذكره من شرح المذهب فيه.

فصل:

فإذا ثبت تعليل ما ذكرنا من هذه الأوجه الأربعة، فإن قيل: بوقوع الحنث بهذا الدخول حنث إذا جمعهما بيت واحد، فإن كانا في بيتين من دار واحدة لم يحنث لأنه لا يكون داخلاً عليه بيتاً، وإن جمعتهما دار واحدة، فإن كانت صغيره لا يفرق المتبايعان فيها حنث، لأن اسم البيت منطلق على الدار عرفاً، لأنه مشتق من المبيت، وإن كانت الدار كبيرة، وكل واحد منهما بمكان يفترق المتبايعان منه لم يحنث، وكان أبو العباس بن سريج، يرى أنه لا يحنث حتى يدخل عليه، وهو في بيت من الدار، فإن دخل عليه وهو في صحنها أو صفتها لم يحنث اعتباراً بحقيقة اسم البيت أنه منطلق على ما تميز من الدار بهذا الاسم كما لو قال: والله لا دخلت بيتاً فدخل صحن الدار أو صفتها، أو استطرق دهليزها لم يحنث، وبينهما فرق يمنع من التساوي، وإن كان أبو حنيفة يسوي بينهما في الحنث، كما سوى أبو العباس بينهما في البر.

وإن قيل: بأن الحنث لا يقع بهذا الدخول، فإن بادر بالخروج ساعة دخوله أو بادر المحلوف عليه بالخروج لم يحنث، وإن لم يخرج واحد منهما في الحال ففي حنثه قولان، فمن حلف لا يدخل داراً وهو داخلها، هل يحنث بالاستدامة كما يحنث بالابتداء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يحنث هذا إذا جعل الاستدامة كالابتداء.

والثاني: لا يحنث، إذا فرق بين الاستدامة والابتداء فلو دخل المحلوف عليه بيتاً على الحالف فإن بادر الحالف بالخروج منه لم يحنث، وإن أقام فيه، فإن قيل: إن استدامة الدخول لا تكون دخولاً لم يحنث الحالف ها هنا.

وإن قيل: إن استدامة الدخول تكون كابتدائه ففي حنث الحالف ها هنا وجهان:

أحدهما: يحنث لأنه قد صار كالداخل.

والثاني: لا يحنث لأنه مدخول عليه وليس بداخل على المحلوف عليه والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَلَفَ لَيَأْكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ غَدًا فَهَلَكَ قَبْلَ غَدٍ لَمْ يَحْنَثْ لِلإِكْرَاهِ قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٢، ٢٣٣).

مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] فَعَقَلْنَا أَنَّ قَوْلَ الْمُكْرَهِ كَمَا لَمْ يَكُنْ فِي الحُكْم وَعَقَلْنَا أَنَّ الإِكْرَاهِ هُوَ أَنْ يُغْلَبَ بِغَيْرِ فِعْلٍ مِنْهُ فَإِذَا تَلَفَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ لِيَفْعَلَنَّ فِيهِ شَيْئاً بِغَيْرِ فِعْلٍ مِنْهُ فَهُوَ فِي أَكْثَرِ مِنَ الإِكْرَاهِ».

قال في الحاوي: ومقدمة هذه المسألة أن من حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً ففي حنثه قولان:

أحدهما: يحنث به وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل.

والثاني: لا يحنث وبه قال عطاء والزهري وعمرو بن دينار وإسحاق بن راهويه.

فإذا قيل: يحنث فدليله قول الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ﴾ [المائدة: ٨٩]، فكان عقدها موجباً للمؤاخذة بالكفارة على عموم الأحوال من عمد وخطأ وعلم وجهل واختيار وإكراه ولأن إطلاق عقدها مع القدرة على استثناء النسيان والإكراه فيها موجب لحملها في الحنث على إطلاق الأحوال كلها كما أن تقييدها موجب لتقييد الحنث فيها اعتباراً بالنصوص الشرعية في حمل المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده ألا ترى أن إطلاق قوله تعالى: ﴿لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ﴾ [المائدة: ٩٥]، موجب للجزاء في العمد والخطأ وإطلاق قول النبي ﷺ: «لَا ينكح المحرم ولا يُنكح»[(١)] موجب لإبطال النكاح مع الذكر والنسيان، ولأن الكفارة تطهير فأشبهت طهارة الحدث فلما استوى حكم الحدث في العمد والخطأ وجب أن يستوي حكم الحنث في العمد والخطأ وإذا قيل لا يحنث، فدليله قول الله تعالى: ﴿وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡۚ﴾ [الأحزاب: ٥] فكان رفع الجناح في الخطأ موجباً لإسقاط الكفارة عن الخاطىء وبما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[(٢)] فكان حكم الأيمان داخلاً في عموم هذا التجاوز، ولأن مطلق النواهي في الشرع محمول على العمد دون السهو، كالكلام في الصلاة والأكل في الصيام، كذلك في الأيمان، ولأن عقد الأيمان لما لم يلزم إلا بالقصد والاختيار وجب أن يكون حلها بالحنث لا يكون إلا عن قصد واختيار فهذا توجيه القولين والبغداديون من أصحابنا يذهبون إلى تصحيح القول بأن لا حنث على الناس، لما يرتكبونه من خلاف أبي حنيفة، وأما البصريون فقال أبو القاسم الصيمري: ما أفتيت في يمين الناسي بشيء قط، وحكى عن شيخه أبي العياض أنه لم يفت فيها بشيء قط، وحكى أبو العياض عن شيخه أبي حامد المروزي أنه لم يفت فيها بشيء قط فاقتديت بهذا السلف ولم أفت فيها بشيء لأن استعمال التوقي أحوط من ورطات الأقدام.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٩)، وأبو داود (١٨٤١)، والنسائي (٦/ ٨٨، ٨٩)، وأحمد (١/ ٦٤)، وابن حبان (١٢٧٤)، والدارقطني (٣/ ٢٦١).

(٢) تقدم تخرجه مراراً.

فصل:

فأما يمين المكره فلا تنعقد قولاً واحداً.

وقال أبو حنيفة: تنعقد كالمختار، وقد مضى الكلام معه في كتاب الطلاق. ودليله في الأيمان ما روي أن اليمان والد حذيفة حلفه المشركون أن لا يغير رسول الله ﷺ فأخبر رسول الله ﷺ بذلك، فقال: «أوف بعهدك» فسوى بين يمين المكره والمختار ولأنها يمين مكلف فانعقدت كالمختار.

ودليلنا رواية مكحول عن واثلة بن الأسقع وعن أبي أمامة قالا قال رسول الله ﷺ «ليس على مقهور يمين»، ولأن ما منع ثبوت الكفر من انعقاد اليمين كالجنون، وأما يمين اليمان بها مختاراً، لأنه كان مشركاً.

وأما قياسهم على المختار فلا يصح الجمع بينهما كما لا يصح الجمع بينهما في الكفر.

فصل:

فإذا تقرر ما ذكرنا في هذه المقدمة فصورة مسألتنا هذه أن يحلف ليأكلن هذا الطعام غداً أو ليركبن هذه الدابة غداً، أو ليلبس هذا الثوب غداً، فلا يخلو حاله في ذلك من أربعة أقسام:

أحدها: أن يفعل ذلك في وقته.

والثاني: أن يقدمه على وقته.

والثالث: أن يؤخره عن وقته.

والرابع: أن يفوته فعله في وقته.

فأما القسم الأول: وهو أن يفعل ذلك في وقته، وهو أن يأكل الطعام في غده ويركب الدابة ويلبس فيه الثوب، فقد بر في يمينه إذا جعل ذلك ما بين طلوع الفجر وغروب الشمس، لأن الغد هو يوم يستوعب ما بين طلوع فجره وغروب شمسه وليس ما قبل طلوع الفجر بعد غروب الشمس من الغد ولا هما وقت البر.

وأما القسم الثاني: وهو أن يقدم فعل ذلك قبل وقته فهو أن يأكل الطعام في يومه ويركب فيه الدابة، ويلبس فيه الثوب، فلا يبر بذلك عند الشافعي ويحنث بالاقتصار على فعله فيه.

وقال مالك أبو حنيفة: يبر ولا يحنث، لأن مقصود يمينه أن لا يؤخذ فعل ذلك عن غده وهو في القديم غير مؤخر له فبر فيه.

ودليلنا هو أن البر مفيد بزمان فوجب أن يكون شرطاً فيه كالمقيد بالمكان ولأنه لما كان تقديم المكان كتأخيره وجب أن يكون تقديم الزمان كتأخيره، وإذا لم يبر بفعل ذلك في يومه فإن كان طعاماً قد أكله حنث، إذا لا سبيل له أن يأكله في غده إلا أن حنثه لا

يقع إلا في غده، وهل يتعلق حنثه بطلوع فجره، أو بغروب شمسه، على وجهين:

أحدهما: يحنث بطلوع فجره، لأنه أول وقت البر فيما فات، فأشبه الصلاة التي يكون خروج وقتها دليلاً على وجوبها بأوله.

والثاني: أنه يحنث بغروب شمسه لبقاء زمان البر قبل الغروب فلم يتعلق به حكم القوات كأوله، فأما إن كان المحلوف عليه دابة إن ركبها في غده أو ثوباً يلبسه فيه لم يحنث بركوب الدابة ولبس الثوب في يومه لإمكان ذلك في غده فإن ركب وليس في غده فيما بين طلوع فجره وغروب شمسه بر في يمينه، وإن لم يفعل حنث بغروب الشمس وجهاً واحداً، لأن إمكان الفعل يمنع من القطع بالحنث.

وأما القسم الثالث: وهو أن يؤخر فعل ذلك عن وقته، فإن أخره عامداً حنث، وإن أخره ناسياً ففي حنثه قولان:

أحدهما: يحنث.

والثاني: لا يحنث، ولا يلزمه فعله بعد فوات وقته، فلو أكل بعض الطعام في يومه وباقيه في غده حنث لأن إكمال الأكل في غده شرط في بره.

وأما القسم الرابع: وهو أن يفوته فعل ذلك في وقته، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يفوت ذلك الحالف قبل الغد فلا حنث عليه لزوال تكليفه بالموت.

والثاني: أن يفوته ذلك باستهلاكه له قبل غده باختياره فيحنث في غده قولاً واحداً، لأنه قد كان قادراً على فعله في الغد.

والثالث: أن يتلف قبل غده بفعل غيره ففي حنثه قولان لزوال قدرته وعدم مكنته.

والرابع: أن يفوته فعله مع بقاء ذلك وجوده إما بحبس أو إكراه أو مرض، فيكون حنثه على قولين كالمكره فأما إن قدر على فعله في غده فلم يفعله مع القدرة حتى تلف في بقية غده، فقد اختلف أصحابنا، هل يجري على فواته فيه حكم المختار أو حكم المكره على وجهين:

أحدهما: يجري عليه حكم المختار لإمكان فعله في وقته، فعلى هذا يحنث قولاً واحداً.

والوجه الثاني: يجري عليه حكم المكره لبقاء رقته، فعلى هذا يكون في حنثه قولان، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّهُ حَقَّهُ لَوَقْتٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ فَمَاتَ قَبْلَ يشَاءَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ أَنَّهُ لَا حَنَثَ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ فُلَانٌ فَمَاتَ فُلَانٌ الَّذِي

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

جَعَلَ الْمَشِيئَةَ إِلَيْهِ. قَالَ الْمُزَنِيُّ: هَذَا غَلَطٌ لَيْسَ فِي مَوْتِهِ مَا يَمْنَعُ إِمْكَانَ بَرِّهِ وَأَصْلُ قَوْلِهِ وَإِنْ أَمْكَنَهُ البِرُّ فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى فَاتَهُ الإِمْكَانُ أَنهُ يَحْنَثُ وَقَدْ قَالَ لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ الدَّارَ إِلَّا بِإِذْنِ فُلَانٍ فَمَاتَ الَّذِي جَعَلَ الإِذْنَ إِلَيْهِ أَنَّهُ إِنْ دَخَلَهَا حَنَثَ قَالَ الْمُزَنِيُّ: وَهَذَا وَذَاكَ سَوَاءٌ».

قال في الحاوي: وهاتان مسألتان جمع المزني بينهما، ونحن نذكر قبل شرحهما مسألتين ليكونا أصلاً يتمهد به جواب مسائلهم، فتصير المسائل أربعاً.

فالمسألة الأولى: أن يقول: والله لأقضينك حقك، ولا يعين للقضاء وقتاً، فيكون بره معتبراً بقضائه قبل موت الغريم وصاحب الحق في قريب الزمان وبعيده سواء، لأن إطلاق اليمين يتناول مدة الحياة، فإن مات صاحب الحق قبل قضائه حنث الحالف، وكذلك لو مات الغريم الحالف قبل القضاء حنث أيضاً فيقع الحنث، بموت كل واحد منهما قبل القضاء لحدوث الموت مع إمكان البر.

والمسألة الثانية: أن يحلف لأقضينك حقك في يوم الجمعة، فيجعل للقضاء وقتاً، فلا يبر الحالف إلا بقضائه فيه، فإن قضاه قبل يوم الجمعة أو بعده حنث، فلو مات الحالف قبل يوم الجمعة لم يحنث قولاً واحداً لموته قبل إمكان بره، وإن مات صاحب الحق قبل يوم الجمعة ففي حنث الحالف قولان من اختلاف قوليه فيمن حلف ليأكلن هذا الطعام غداً، فهلك الطعام اليوم.

أحدهما: يحنث.

والثاني: وهو أصح، لا يحنث، وعليه يكون التفريع، والفرق بين إطلاق اليمين، فيحنث بموت كل واحد منهما، وبين تقييدها بوقت فلا يحنث بموت كل واحد منهما قبل الوقت هو إمكان البر مع الإطلاق، وتعذر إمكانه مع التوقيت.

والمسألة الثالثة: وهي أولى المنصوصين أن يحلف ليقضينه حقه في يوم الجمعة، إلا أن يشاء صاحب الحق أن يؤخره، فبره معتبراً بأحد شطرين إما أن يشاء صاحب الحق أن يؤخره قبل انقضاء يوم الجمعة، وإما أن يقضيه حقه في يوم الجمعة إلا أن مشيئة تأخيره حل ليمينه والقضاء بر في يمينه فإن مات الحالف قبل يوم الجمعة لم يحنث بفوات القضاء فيه، وإن مات صاحب الحق قبل يوم الجمعة لم يحنث الحالف أيضاً، لكنه إن مات بعد مشيئته ارتفع الحنث بحل اليمين، وإن مات قبل مشيئته ارتفع الحنث بتعذر إمكان البر، وإن احتمل تخريج الحنث.

والمسألة الرابعة: أن يحلف ليقضينه حقه في يوم الجمعة إلا أن يشاء زيد تأخيره، فارتفاع حنثه يكون بأحد شرطين: إما بمشيئة زيد للتأخير فتحل به اليمين، وإما بقضاء الحق في يوم الجمعة فيبر في اليمين، فإن مات الحالف قبل يوم الجمعة لم يحنث قولاً واحداً، وإن مات صاحب الحق قبله لم يحنث على الصحيح من المذهب وإن احتمل تخريج الحنث، وإن مات زيد صاحب المشيئة وهي مسألة الكتاب فله قبل موته ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت بعد مشيئة التأخير، فاليمين قد انحلت ولا يقع الحنث فيها بتأخير القضاء.

والحال الثانية: أن يموت قبل مشيئة التأخير، فاليمين منعقدة ولا حنث عليه في الحال، لأن زمان البر منتظر، وهو بإمكان القضاء معتبر فإن قضاه في يوم الجمعة بر، وإن لم يقضه حنث لإمكان البر، فأما المزني فإنه لما رأى الشافعي رحمه الله قال في هذه المسألة: إنه لا يحنث بموت صاحب المشيئة كما لو كانت المشيئة مردودة إلى صاحب الحق ظن أنه جمع بينهما في سقوط الحنث بموتها في الأحوال كلها، فقال: كيف جمع بينهما في سقوط الحنث بموتها والبر في موت صاحب الحق متعذر وفي موت صاحب المشيئة ممكن فيقال له: إنما جمع الشافعي رحمه الله بينهما في أن الحنث لا يقع في حال موتهما، لأن وقت القضاء لم يأت فصارا فيه سواء في الحال، وإن افترقا بتأخير القضاء، فيحنث بتأخيره إذا كانت المشيئة إلى غير صاحب الحق، ولا يجب تأخيره إذا كانت المشيئة إلى صاحب الحق بما علل المزني من تعذر القضاء بموت صاحب الحق أو إمكانه بموت غيره.

والحال الثالثة: من أحوال صاحب المشيئة قبل موته أن يقع الشك في مشيئته، فلا يعلم هل شاء التأخير أو لم يشأ فالذي عليه جمهور أصحابنا وهو الصحيح أنه يجري عليه حكم من لم يشأ التأخير، لأن الأصل عدم المشيئة حتى يعلم حدوثها، فيكون الحكم على ما مضى.

وحكى أبو علي بن أبي هريرة أنه يجري عليه حكم التأني فلا يحنث الحالف بتأخير القضاء اعتباراً بالظاهر من نص الشافعي واحتجاجاً بأن الحنث لا يقع بالشك وهذا زلل لأن اليمين منعقدة فلا تحل بالشك.

فصل:

ثم إن المزني وصل احتجاجه على ما وهم في تأويله وإن أصاب في جوابه بأن الشافعي قال: إن حلف لا يدخل الدار إلا بإذن فلان، فمات الذي جعل الإذن إليه، إنه إن دخلها حنث، وهذا وذاك سواء، وهذا صحيح.

والجواب في المسألتين على ما ذكره، وليس بينه وبين الشافعي فيهما اختلاف وإنما وهم فيما أطلقه الشافعي من جواب المسألة المتقدمة، فإذا حلف لا يدخل الدار إلا بإذن زيد فدخلها بعد موت زيد فإن كان زيد قد أذن قبل موته لم يحنث، ويكون إذنه شرطاً في البر وتكون المشيئة في المسألة المتقدمة شرطاً في حل اليمين لأن اليمين في دخول الدار معقودة على الإذن، وفي المشيئة معقودة على القضاء، وإن مات زيد قبل إذنه حنث في الدخول، لأن شرط البر لم يوجد، وإن مات على شك من وجود إذنه وعدمه حنث وجهاً واحداً على قول جميع أصحابنا، والفرق بين الإذن في هذه المسألة وبين المشيئة في المسألة المتقدمة حيث خرج فيها بعض أصحابنا من الاحتمال على ما خرج فمن وجهين:

أحدهما: أن الإذن ظاهر والمشيئة باطنة.

والثاني: أن الإذن في هذه شرط في البر، والمشيئة في ذلك شرط في الحل. والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّهُ عِنْدَ رَأْسِ الهِلَالِ أَوْ إِلَى رَأْسِ الهِلَالِ فَرَأَى فِي اللَّيْلَةِ الَّتِي يَهِلُّ فِيهَا الهِلَالُ حَنِثَ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَدْ قَالَ فِي الَّذِي حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّهُ إِلَى رَمَضَانَ فَهَلْ إِنَّهُ حَانِثٌ لأَنَّهُ حَدٌّ قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا أَصَحُّ كَقَوْلِهِ إِلَى اللَّيْلِ فَإِذَا جَاءَ اللَّيْلُ حَنِثَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح كقوله إلى الليل فإذا جاء الليل حنث، نقل المزني عن الشافعي في هذا الموضع ثلاث مسائل، اتفق الجواب في مسألتين واختلف في الثالثة، إحدى المسائل التي اتفق المذهب في الجواب عليها إذا حلف ليقضيه حقه عند رأس الهلال، أو عند رأس الشهر فوقت بره معين بين زماني حنث وهو أن يقضيه مع رأس الشهر ورؤية الهلال، فإن قضاه قبل الهلال حنث، وإن قضاه بعد الهلال وبعد إمكان القضاء معه حنث بمضي زمان الإمكان بعد الهلال.

وقال مالك: لا يحنث بقضائه قبل القضاء يوم وليلة، وجعل زمان القضاء بعد الهلال معتبراً بيوم وليلة، واعتبره الشافعي رحمه الله بالإمكان وهو أصح، لأن مقادير الزمان إن لم تؤخذ عن نص أو قياس بطلت لما يتوجه عليها من المعاوضة وإذا ثبت أن ذلك معتبر بالإمكان فعليه أن يأخذ في القضاء مع رأس الشهر فيستوي حكم قوله: عند رأس الشهر مع رأس الشهر، وإن كان الحق مما لا يكون زمان قضائه كوزنه من ذهب أو فضة، ضاق زمان بره لإمكان وزنه في أول زمان بعد رأس الشهر، فإن أخره عنه بأقل زمان حنث، فإن شرع في حمله إليه مع رأس الشهر، وكان بعيد الدار منه حتى مضت الليلة أو أكثرها لم يحنث، لأنه معتبر في الإمكان، وإن كان الحق مما يطول زمان قضائه كمائة كر من بر اتسع زمان بره، إذا شرع في القضاء مع رأس الشهر وامتد بحسب الواقع من كيل هذا القدر حتى ربما أياماً، فإن أخر عند رأس الشهر في جمع ما يقضيه وتحصيله للقضاء حنث، ولو أخذ في نقله إليه لم يحنث، لأن نقله مشروع في القضاء، وليس جمعه مشروعاً فيه، وقول الشافعي رحمه الله في هذه المسألة فرأى في الليلة التي يهل فيها الهلال حنث، يعني إذا لم يقضه فيها، فإن قضاه بر، وليس رؤية الهلال شرطاً وإنما دخول الشهر بأوله جزء من ليلته هو الزمان المعتبر، لأن الهلال ربما غم بسحاب منع من رؤيته إلا أن يعلم في ليلة شك، فلا يكون من الشهر.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

فصل:

وأما المسألة الثانية المتفق عليها، فهي أن يحلف ليقضينه حقه إلى رمضان، فجعل رمضان غاية واحداً، لأنه علقه بحرف وضع للغاية والحرف هو «إلى» فيكون زمان بره، من وقت يمينه إلى أول جزء من ليلة رمضان كما قال تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البَقَرَة: ١٨٧] فكان زمان الصيام إلى أول جزء من أجزاء الليل فإن لم يقضه حقه حتى دخل أول جزء من ليلة رمضان حنث ويجيء على مذهب مالك أنه لا يحنث إلا بانقضاء يوم وليلة منه، فإن شرع في قضاء الحق قبل رمضان وكمله في رمضان لطول زمانه بر، لأن الشروع في القضاء كالقضاء، فإن أخر القضاء في ليلة شك في دخول رمضان، ثم بان أنها من رمضان، ففي حنثه قولان كالناسي والمكره، فإن قال: أردت بقولي إلى رمضان أي: في رمضان، دين في الباطن لاحتمال ما أراد لأنها حروف تقام بعضها مقام بعض كقول الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي: عليها فأما في ظاهر الحكم فيحنث إذا تعلق بيمينه حق آدمي من طلاق أو عتاق اعتباراً بحقيقة اللفظ دون مجازه، فإن حلف لأقضينك حقك عند رمضان لم يبر بقضائه قبل رمضان، لأن كلمة عند موضوعة للمقاربة، فإذا أهل رمضان احتمل ما يعتبر في بره وجهين:

أحدهما: يعتبر بإمكان القضاء عند دخوله، فإن أخره حنث كما لو قال عند رأس الشهر.

والثاني: يكون جميع الشهر وقتاً للبر، لأنه لم يعين على جزء منه، فصار حكم آخره كحكم أوله.

فصل:

وأما المسألة الثالثة المختلف فيها، فهو أن يحلف ليقضينه حقه عند رأس الهلال، أو إلى رأس الهلال، فالذي نقله المزني فيها عن الشافعي أنه جمع بين قوله: إلى رأس الهلال، وبين قوله: عند رأس الهلال في أنه يحنث برؤية الهلال، ليكون زمان البر فيها بين وقتي حنث بتقدم أحدهما على رأس الهلال ويتأخر الآخر عنه، وجمع المزني بين قوله إلى رأس الهلال، وإلى رمضان في أن زمان البر من وقت يمينه، وإلى رأس الهلال، كما كان في وقت يمينه إلى رمضان، واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الصحيح أن الأمر على ما قاله المزني من اختلاف الحكم بين قوله: عند رأس الهلال، في أن وقت البر يكون مع رؤية الهلال بين زماني حنث، وقوله: عند رأس الهلال، أن البر من وقت يمينه وإلى رؤية الهلال، فيكون رؤية الهلال وقتاً لحنثه، ورؤيته في قوله: عند رأس الهلال وقتاً لبره لأن لفظه «إلى» موضوعة في اللغة للحد والغاية، ولفظة: عند موضوعة للمقاربة، فاختلف حكمهما لاختلاف موضوعهما، كما اختلف حكم قوله: إلى رأس الهلال، والشافعي عادة أن يجمع بين مسألتي يعطف بالجواب عليهما، فيريد به إحداهما اكتفاء بما عرف من مذهبه في الأخرى ولم يخف

عليه أن «إلى» و«عند» مختلفا المعنى في اللغة، ويجب أن يكونا مختلفين في الحكم في الشرع.

والثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي أن جمع الشافعي بين عند رأس الهلال، وإلى رأس الهلال صحيح، وإن كليهما في البر والحنث واحد، وأن رأس الهلال وقت البر فيهما، وأن ما قبله وما بعده وقت الحنث فيهما، لأن لفظة «إلى» قد تستعمل للحد تارة وللمقاربة تارة كما قال تعالى: ﴿مَنْ أَنصَارِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [آل عِمرَان: ٥٢] أي: مع الله، ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾ [المَائدة: ٦]، أي: مع المرافق، فلما احتمل أن تكون للحد تارة، وللمقاربة أخرى، صار الحنث في جعلها للحد مشكوكاً فيه، وفي جعلها للمقاربة متيقناً، فحنث باليقين دون الشك، وفرق أبو إسحاق ومن تابعه، بين قوله إلى رأس الشهر، فيكون للمقاربة، وبين قوله: إلى رمضان فيكون للحد بأن رأس الشهر معين للقضاء، فغلب حكم الوقت على حكم اللفظ فحمل على المقاربة، ورمضان غير معين للقضاء، لأنه ليس جميعه وقتاً له، فغلب حكم اللفظ على حكم الوقت فحمل على الحد.

والثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الشافعي جمع بين «عند» و«إلى» في الحنث، وفرق بينهما في البر، فإذا قال عند رأس الشهر لم يبر إلا بدفعه مع رأس الشهر وإذا قال: إلى رأس الشهر بر بدفعه في وقته، وإلى عند رأس الشهر، لأن عند لم توضع إلا للمقاربة، وإلى قد وصفت للمقاربة تارة، وللحد آخر: فاجتمع فيهما حكم المقاربة وحكم الحد فوجب أن يتعلق بهما الحكمان معاً فصار الأجل ذلك مجتمعين في الحنث إن لم يقضه حتى جاء رأس الشهر حنث، ومفترقين في البر إن قضاه في قوله: إلى رأس الشهر قبل الشهر بر، وإن قضاه في قوله: عند رأس الشهر قبل الشهر لم يبر والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ إِلَى حِينٍ فَلَيْسَ بِمَعْلُوم لأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى مُدَّة الدُّنْيَا وَيَوْمِ والفُتْيَا أَنْ يُقَالَ لَهُ الوَرَعَ لَكَ أَنْ تَقْضِيَهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ يَوْمٍ لأَنَّ الحِينَ يَقَعُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِ حَلَفْتَ وَلَا نُحنِّثُكَ أَبَداً لأَنَّا لا نَعْلَمُ لِلْحِينِ غَايَةً».

قال في الحاوي: أما الحين من الزمان فجمعهم لا حد له في الشرع عندنا، وحده أبو حنيفة بستة أشهر، وحده مالك بسنة، فإذا حلف ليقضينه حقه إلى حين لم يحنث على مذهب الشافعي إلا بفوات القضاء بموته أو موت صاحب الحق.

وقال أبو حنيفة: إن قضاه في ستة أشهر بر، وإن قضاه بعدها حنث، وقال مالك: إن قضاه إلى ستة بر، وإن قضاه بعدها حنث، واستدلالنا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥] فقدره أبو حنيفة بستة أشهر، لأنها في

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

النخل مدة حملها من أول طلعها إلى آخر جذاؤها، وقدره مالك بسنة، لأنها تحمل من كل سنة، فتكون من الإطلاع إلى الإطلاع ستة.

ودليلنا هو أن الحين اسم مبهم، ينطلق على قليل الزمان، كقوله تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴿١٧﴾﴾ [الرُّوم: ١٧] وأراد به أقل من يوم، وينطلق على مدة الدنيا لقوله تعالى: ﴿وَلَتَعْلَمُنَّ نَبَأَهُۥ بَعْدَ حِينٍۭ ﴿٨٨﴾﴾ [صَ: ٨٨] يعني يوم القيامة، وينطلق على ما بين الزمانين كقوله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ لَمْ يَكُن﴾ [الإنسَان: ١] يعني: تسعة أشهر هي مدة حمله، وقيل: هي أربعون سنة إشارة إلى آدم أنه صور من حمإ مسنون وطين لازب، ثم نفخ فيه الروح بعد أربعين سنة، وإذا اختلف المراد به في هذه المواضع دل على أنه مشترك لا يختص بزمان دون غيره، وينطلق على قليل الزمان وكثيره، وإذا كان كذلك وقضاه قبل موته، ولو بطرفه عين بر في يمينه، لأنه قضاه في زمان ينطلق عليه اسم الحين، قال الشافعي رضي الله عنه: وأفتيه ورعاً أن يقضيه في يومه، وأن يحنث نفسه إن قضاه بعد انقضائه ليحمل على أقل ما ورد به الشرع، وإن لم يلزم ذلك في الحكم.

فصل:

قال: ويتفرع على هذا إذا حلف لا أكلم فلاناً إلا بعد حين فكلمه بعد ساعة من يمينه بر لوجود الكلام بعد زمان ينطلق اسم الحين عليه. وعند أبي حنيفة لا يبر حتى يكلمه بعد ستة أشهر.

وعند مالك لا يبر حتى يكلمه بعد سنة على حسب اختلافهم في مدة الحين، والفرق بين هذه المسألة والتي تقدمت أن هذه نفي وتلك إثبات، فإذا وجد الفعل النفي والإثبات في زمان ينطلق اسم الحين عليه بر، وقليل الزمان حين، فبر في النفي وكثيره حين فبر في الإثبات والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ زَمَانٌ وَدَهْرٌ وَأَحْقَابٌ وَكُلُّ كَلِمَةٍ مُفْرَدَةٍ لَيْسَ لَهَا ظَاهِرٌ يَدُلُّ عَلَيْهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: إذا حلف ليقضينه حقه بعد زمان أو بعد دهر أو بعد أحقاب بر إذا قضاه بعد قليل الزمان وكثيره كالحين، لأنها أسماء مبهمة ينطلق على ما قل وكثر.

وقال أبو حنيفة: أقل الزمان ستة أشهر وأقل الحقب ثمانون سنة، وقال مالك: أقله أربعون سنة وليس لهذا التحديد وجه لعدم النص فيه والقياس، وهو في الجملة عبارة عن

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

زمان غير محدود وقال أهل اللغة ولو حلف ليقضينه حقه قريباً أو بعيداً فإنه غير محدود فجاز أن يقضيه في قليل الزمان وكثيره، وكذلك قريب الزمان وبعيده.

وقال أبو حنيفة في القريب: إنه أقل من شهر، وفي البعيد: إنه أكثر من شهر وليس بصحيح، لأنه قد يكون قريباً بالإضافة إلى ما هو أبعد ويكون بعيداً بالإضافة إلى ما هو أقرب، فصار كقوله: له علي مال كثير أو قليل والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي فَأَمَرَ غَيْرَهُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ فَجَعَلَ طَلَاقَهَا إِلَيْهَا فَطُلِّقَتْ أَوْ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَضَرَبَهُ لَا يَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَوَى ذَلِكَ».

قال في الحاوي: اعلم أنه لا يخلو حال من حلف لا يفعل شيئاً فأمر غيره حتى فعله من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينوي لا يفعله بنفسه، فلا يحنث إذا أمر غيره بفعله، لا يختلف المذهب فيه اعتباراً بنيته، سواء جل قدر الحالف أو قلّ.

والثانية: أن ينوي أنه لا كان منه ما يقتضي ذلك الفعل ولا كان باعثاً عليه فيحنث إذا أمر غيره بفعله كما يحنث إذا فعله بنفسه، لأنه قد كان باعثاً عليه سواء جلّ قدر الحالف أو قلّ.

والثالثة: أن تكون يمينه مطلقة لم تقترن بها نية، فينقسم ذلك الفعل المحلوف عليه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون العرف في فعله جارياً بالأمر دون المباشرة من جميع الناس، كقوله: والله لا احتجمت، ولا اقتصدت ولا حلقت رأسي، ولا بنيت داري، فإذا أمر غيره بالحجامة وفصده وحلق رأسه، وبناء داره حنث سواء جلّ قدر الحالف أو قلّ، لأنه لم يجر في العرف من قليل أو جليل أن يباشر فعلها في نفسه، إلا بأمره، فصار العرف فيه شرطاً يصرف حقيقة الفعل إلى مجازه فيصير اعتبار المجاز إذا اقترن بالعرف أولى من اعتبار الحقيقة إذا فارق العرف لأن العرف ناقل.

والثاني: أن يكون العرف في فعله جارياً بمباشرته دون أمره من جميع الناس كقوله: والله لا كتبت، ولا قرأت، ولا حججت، ولا اعتمرت فإذا أمر غيره بالكتابة والقراءة والحج والعمرة لم يحنث، سواء جلّ قدر الحالف أو قلّ، لأن العرف جار بين الناس بمباشرة ذلك من كل قليل وجليل، فصار العرف مقترناً بالحقيقة دون المجاز فخرج مجازه عن حكمه.

والثالث: أن يكون العرف مختلفاً في مباشرة فعله فيباشره من دنا، ولا يباشره من

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

علا، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقترن بعرف الاستعمال في الاختلاف بينهما عرف الشرع وهو إقامة الحدود التي لا يقيمها في الشرع والعرف إلا أولو الأمر من ذي ولاية وسلطان، فيحنث الآمر بها إن كان من أولي الأمر وإن لم يباشرها، كما قيل جلد النبي ﷺ زانياً، ورجم ماعزاً وقطع سارقاً[1]، ولا يحنث بها غير أولي الأمر حتى يباشرها بفعله، لأنه غير نافذ الأسر فيهما.

والثاني: أن ينفرد الاختلاف بينهما بعرف الاستعمال دون عرف الشرع، فيباشره من دنا، ولا يباشره من علا تنزعاً وتصوناً كعقود البيوع والأشربة وتأدية العبيد والخدم، فينقسم حال الحالف والمحلوف عليه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون عرف الحالف جارياً بمباشرته كرجل من عوام السوقة حلف لا باع ولا اشترى، ولا تزوج ولا طلق، ولا ضرب عبداً، ولا أدب خادماً، فإذا أمر غيره بأن باع له واشترى وزوجه وطلق عنه وضرب عبده وأدب خادمه لم يحنث في هذا كله، وقال مالك: يحنث في هذا كله، وقال أبو حنيفة: إن كان هذا العقد مما إذا باشره الوكيل إضافه إلى نفسه كالشرى، يقول: اشتريت هذه الدار لموكلي لم يحنث الموكل، وإن كان مما لا يضيفه إلى نفسه كالنكاح يقول: قبلت هذا النكاح لموكلي، ولا يقول: نكحت لموكلي، كما يقول: اشتريت لموكلي حنث الموكل، وكلا المذهبين مدخول، والصحيح أن جميعها سواء في أنه لا يحنث الآمر بهما والموكل فيها إذا كان العرف بمباشرته لها جارياً، لأن الأيمان تحمل على حقائق الأسماء والأفعال، ما لم ينقلها عرف الحقيقة في هذه الأفعال بمباشرتها، والعرف مقترن بها، فلم يجز أن يعدل في الأمر بها عن الحقيقة والعرف إلى مجاز تجرد عن العرف فعلى هذا لو حلف على امرأته أنه لا يطلقها فرد إليها الطلاق، فطلقت نفسها لم يحنث، لأنه لا يكون مطلقاً، وإنما يكون مخيراً في الطلاق، ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلتها طلقت وحنث، لأنه مطلق لها على صفة وقعت منها فلذلك افترقا.

والثاني: أن يكون عرف الحالف جارياً بالاستنابة دون مباشرته، وإن باشره استنكرته النفوس منه، كالسلطان أو من قاربه في رتبته إذا حلف، لا باع ولا اشترى، ولا ضرب عبداً، ولا أدب خادماً، فإذا وكل في البيع والشراء وأمر بضرب عبده وبأدب خادمه ففي حنثه قولان:

أحدهما: تفرد البيع بنقله وتفرد به بعض أصحاب الشافعي، أنه يحنث اعتباراً بالعرف، لأن العرف قد صار مقترناً بالمجاز دون الحقيقة، والعرف ناقل، كما لو حلف: لا أكلت رؤوساً، لم يحنث برؤوس الطير والجراد، وإن وجد حقيقة الاسم فيها، لأن

---

(١) تقدم تخريج كل ذلك في «الحدود».

العرف لما اختص برؤوس الغنم نقل عما عداها حقيقة الاسم.

والثاني: وهو الأظهر، وما عليه الأكثرون من أصحابنا أنه لا يحنث، لأن الحقيقة فيها المباشرة لها دون الأمر بها والحقيقة لا تنقل إلا بعرف عام، كما قيل في الرؤوس، وهذا عرف خاص، فلم يجز أن ينتقل به الحقيقة، كما لو حلف سلطان: لا أكلت خبزاً ولا لبست ثوباً، فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث وإن لم تجر عادته بأكل الذرة ولبس العباءة، لأنه عرف خاص وليس بعام، فلذلك ساوى فيه عرف العموم فكذلك في هذه العقود.

والثالث: أن يكون عرف الحالف جارياً بالاستنابة فيه، لكن إن باشره لم تستنكر النفوس منه، ولا تستقبحه، كالنكاح والطلاق والعتق، لا يستقبح من السلطان أن يباشر بنفسه، فإذا حلف سلطان لا تنكح ولا طلق، ولا أعتق، فوكل في النكاح والطلاق والعتاق فقد اختلف أصحابنا هل يعتبر حكم عرفه أو يعتبر ما تستنكره النفوس من فعله، على وجهين:

أحدهما: يعتبر حكم عرفه، لأنه أخص به، فعلى هذا في حنثه قولان.

والثاني: يعتبر ما لا تستنكره النفوس من فعله، لأنه أعم فعلى هذا لا يحنث قولاً واحداً والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ حَلَفَ لَا يَفْعَلُ فِعْلَيْنِ أَوْ لَا يَكُونُ أَمْرَانِ، لَمْ يُحْنَثْ حَتَّى يَكُونَا جَمِيعاً وَحَتَّى يَأْكُلَ كُلَّ الَّذِي حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلُهُ».

قال في الحاوي: عقد اليمين على فعلين ضربان:

أحدهما: أن يعقد على إثباتهما.

والثاني: أن يعقد على نفيهما.

فإن كانت معقودة على إثباتهما كقوله: والله لآكلن هذين الرغيفين، ولألبسن هذين الثوبين، ولأركبن هاتين الدابتين، فلا خلاف بين القضاء أنه لا يبر إلا بفعلهما فيأكل الرغيفين، يلبس الثوبين ويركب الدابتين، فإن أكل إحدى الرغيفين ولبس أحد الثوبين وركب إحدى الدابتين لم يبر، وهذا متفق عليه، وإن كانت اليمين معقودة على نفي فقال: والله لا أكلت هذين الرغيفين، ولا لبست هذين الثوبين، ولا ركبت هاتين الدابتين، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة أنه لا يحنث إلا بهما، كما لا يبر إلا بهما، فإن أكل أحد الرغيفين، ولبس أحد الثوبين، وركب إحدى الدابتين لم يحنث.

وقال مالك: يحنث بفعل أحدهما، وإن لم يبر إلا بهما وفرق بينهما من وجهين:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣).

أحدهما: أن الإثبات إباحة، والنفي حظر، والحظر أغلب من الإباحة.

والثاني: أن الأيمان موضوعة على التغليظ، والتغليظ في النفي أن يحنث بأحدهما، وفي الإثبات أن لا يبر إلا بهما، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن فعل بعض الشيء لا يقوم مقام فعل جميعه في النفي والإثبات معاً وفاقاً وشرعاً، لأنه لو حلف لا يدخل هذه الدار، فأدخل رأسه أو إحدى رجليه لم يحنث.

ولو حلف ليدخلنها، فأدخل رأسه أو إحدى رجليه لم يبر وهذا وفاق قد ورد به الشرع، قد اعتكف رسول الله ﷺ في مساجده فأدخل رأسه منه إلى حجرة عائشة رضوان الله عليها لتغسله، ولم يؤثر في اعتكافه.

وقال لبعض أصحابه، وهو في المسجد الحرام: لقد أنزلت على آية لم تنزل على أحد قبلي إلا على أخي سليمان، قال: يا رسول الله، أي آية هي؟ قال: لا أخرج من المسجد حتى أعلمك فتوجه للخروج، وقدم إحدى رجليه فأخرجها ثم قال للرجل: بم تستفتح صلاتك قال: ببسم الله الرحمٰن الرحيم، قال: «هي هي».

فدل على أن إخراج إحدى رجليه لا يكون خروجاً، وإذا كان بعض الفعل لا يقوم مقام جميع الفعل، فأحد الفعلين أولى أن لا يقوم مقام الفعلين.

والثاني: أنه لما استوى الفعلان في شرط البر وجب أن يستويا في شرط الحنث، لتردد اليمين بين بر وحنث؟ وفرقاه بينهما منتقض بفعل بعض الشيء حيث لم يقم مقام جميعه في الإثبات والنفي معاً مع وجود الحظر والإباحة فيهما.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الإِدَاوَةِ أَوْ مَا هَذَا النَّهْرِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَشْرَبَ مَاءَ الإِدَاوَةِ كُلَّهُ وَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى شُرْبِ مَاءِ النَّهْرِ كُلِّهِ وَلَوْ قَالَ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الإِدَاوَةِ أَوْ مِنْ مَاءِ هَذَا النَّهْرِ حَنَثَ إِنْ شَرِبَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: أما إذا حلف لا شربت من ماء هذه الإداوة، ولا شربت من ماء هذا النهر، فاليمين معقودة على بعض ماء الإداوة وبعض ماء النهر، لدخول حرف التبعيض عليها، وهو قوله: فأي قدر شرب من ماء الإداوة وماء النهر حنث من قليل وكثير، وكذا في الإثبات لو حلف ليشربن من ماء الإداوة أو من ماء هذا النهر، فأي قدر شرب منهما من قليل أو كثير بر في يمينه ارتوى به أو لم يرتو.

فأما إذا حذف من يمينه حرف التبعيض فأطلقها، فقال: والله لأشربن ماء هذه الإداوة لم يحنث بشرب بعضه، وإن حنثه مالك، لأن الحقيقة في إطلاق اليمين توجب

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٣، ٢٣٤).

الاستيعاب فإن قيل: أفليس لو قال: والله لا أكلت طعاماً اشتراه زيد، أكل بعضه حنث، فلا حنث بشرب بعض الماء، كما حنث بأكل بعض الطعام.

قيل: لا يختلف المذهب أنه لا يحنث بشرب بعض الماء وفي حنثه بأكل بعض الطعام وجهان:

أحدهما: أنه كما لا يحنث بأكل بعضه فعلى هذا قد استويا.

والثاني: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة، أنه يحنث بأكل بعض الطعام، وإن لم يحنث إلا بشرب جميع الماء، والفرق بينهما أن الماء في الإداوة مقدار ينطلق على جميعه، ولا ينطلق على بعضه، فلذلك لم يحنث بشرب بعضه وشراء زيد للطعام صفة تنطلق على بعضه، كما تنطلق على جميعه، فلذلك حنث بأكل بعضه، فإذا ثبت أن الحنث في الإداوة يقع بشرب مائها كله، ولا يحنث بشرب بعضه، فذهب من ماء الإداوة قطرة انحلت اليمين لأنه لا حنث فيها إن شرب باقي مائها، فلو شك أذهب منها قطرة أو لم يذهب، فشرب جميع مائها، ففي حنثه وجهان:

أحدهما: يحنث: لأن ذهاب القطرة مشكوك فيه.

والثاني: لا يحنث، لأن الحنث مشكوك فيه.

فصل:

فأما إذا حلف، لا شربت ماء هذا النهر، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: لا سبيل إلى شرب ماء النهر كله، ولم يتعرض لبره ولا لحنثه فيما شرب منه، فاختلف أصحابنا في شربه منه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج يحنث بما شرب منه، لأنه لما استحال شرب جميعه، صارت اليمين معقودة على ما لا يستحيل لأن لا يصير بيمينه بعد العقد لغواً.

ألا تراه لو قال: والله لا شربت الماء حنث بشرب ما قل منه، وإن كان دخول الألف واللام يقتضي استيعاب جميعه، لأنه لما كان شرب جميعه من المستحيل، حمل على شرب ما لا يستحيل، كذلك ماء النهر لما استحال شرب جميعه، حمل على ما لا يستحيل من شرب بعضه، وتأول قول الشافعي رضي الله عنه، ولا سبيل إلى شرب ماء النهر كله على حمل يمينه على ما يجد السبيل إليه، وهو أن يشرب من ماء النهر، فعلى هذا: أي شرب شرب من مائه حنث به مما يروى أو لا يروى.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، ويشبه أن يكون هو الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يحنث بشرب بشيء من مائه لأن يمينه توجهت إلى شرب جميعه، لأنه عقدها على ماء النهر، ولم يطلق فصار النهر مقداراً كالإداوة وليس إذا استحال شرب الجميع وجب أن يحمل على شرب ما لا يستحيل.

ألا تراه لو حلف لأصعدن السماء، وهو مستحيل لم يحمل على صعود السقف، وقد يسمى سماء، لأنه غير مستحيل، ووجب حمل يمينه في صعود السماء على الحقيقة دون المجاز كذلك في شرب ماء النهر فأما إذا قال: لا شربت الماء، والألف واللام لفظ تعريف وضع لاستيعاب الجنس تارة وللمعهود أخرى وهو حقيقة فيهما، فإذا استحال استيعاب الجنس حمل على المعهود، وكان حقيقة فيه، وفارق ماء النهر لأن الاسم حقيقة في جميعه ومجاز في بعضه، وتأول قول الشافعي: «ولا سبيل إلى شرب ماء النهر كله» بسقوط حنثه.

ثم يتفرع على هذين الوجهين في النفي أن يعقد يمينه على الإثبات فيقول: والله لأشربن ماء هذا النهر، فعلى مقتضى قول أبي العباس: متى شرب بعض مائه بر، لأنه لما حنث بشرب بعضه في النفي وجب أن يبر بشرب بعضه في الإثبات، وعلى مقتضى قول المروزي لا يبر في الإثبات بشرب بعضه كما لا يحنث في النفس بشرب بعضه، وإذا لم يبر صار محكوماً بحنثه، لأنه لا سبيل إلى بره، فصار كقوله: والله لأصعدن السماء، يكون حانثاً، لأنه لا سبيل له إلى البر وفي زمان حنثه وجهان:

أحدهما: عقيب يمينه، لأن استحالة البر يمنع من تأخير الحنث.

والثاني: يحنث من آخر حياته، لأن عقد يمينه على التراخي، فكان تحقيق الحنث على التراخي.

فصل:

وإذا حلف لأشرب من ماء دجلة، فشرب من ماء الفرات، أو لأشرب من ماء الفرات فشرب من ماء دجلة، لم يحنث لأن التعيين يخص اليمين، ولو قال: والله لأشرب ماء فراتاً حنث بشربه من دجلة ومن الفرات، لأن الماء الفرات هو العذب، فحنث بشرب كل ماء عذب.

قال الله تعالى: ﴿وَأَسْقَيْنَاكُم مَّاءً فُرَاتًا﴾ [المُرسَلات: ٢٧] أي: عذباً، ولا فرق إذا حلف لأشرب من ماء دجلة بين أن يشربه من إناء اغترف به وبين أن يشربه كرعاً بفيه كالبهيمة.

فأما إذا حلف، لا شربت من دجلة، فإن شرب منها كرعاً بفمه حنث بإجماع، وإن اغترف منها بإناء وشرب من الإناء حنث عند الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يكرع منها بفمه، ولا يبر إن اغترف بيده احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أنه لو حلف: لأشرب من هذا الإناء، فاغترف من مائه، وشربه لم يحنث كذلك إذا حلف لا شربت من دجلة، فاغترف ما شربه من مائها لم يحنث بوقوع اليمين على مستقر الماء في الموضعين.

والثاني: أن الشرب منها حقيقة، ومن مائها مجاز، وحمل الأيمان على الحقيقة

أولى من حملها على المجاز.

ودليلنا أمور:

أحدها: أن الماء المشروب مضمر في اللفظ، لأنه المقصود بالشرب، كما يقال: شرب أهل بغداد من دجلة وأهل الكوفة من الفرات، أي من ماء دجلة وماء الفرات فصار إضماره كإظهاره، فلما كان لو حلف: لأشرب من ماء دجلة حانثاً فشربه منها على جميع الأحوال وجب إذا حلف، لأشرب من دجلة أن يحنث بشربه منها على كل حال، لأن المضمر مقصود كالمظهر.

والثاني: أن إجماعنا منعقد على أنه لو حلف لا شربت من البئر، ولا أكلت من النخلة أنه يحنث بشرب ما استقاه من البئر، ويأكل ما لقطه من النخلة، وإن لم يكرع ماء البئر بفمه، ولا تناول ثمرة النخلة بفمه، كذلك الدجلة.

وتحريره قياساً، أن ما كان حنثاً في ماء البر كان حنثاً في ماء الدجلة قياساً على أصلين:

أحدهما: إذا كرع منهما.

والثاني: إذا تلفظ باسم الماء فيهما.

فإن قيل: ماء البئر لا يمكن أن يشرب إلا باستقائه وثمر النخلة لا يمكن أن يؤكل إلا بلقاطه.

قيل: يمكن أن يشرب ماء البئر بنزوله إليها، ويؤكل من النخلة بصعوده إليها وإن كان تلحقه المشقة كما يمكن أن يكرع من الدجلة بالمشقة.

والثالث: أن حقيقة الدجلة اسم لقرارها، والحقيقة في هذا الاسم معدول عنها من وجهين:

أحدهما: أن القرار غير مشروب.

والثاني: أن ما باشر القرار لا يصل إلى كرعه لعمقه، وإذا سقط حقيقة الاسم من هذين الوجهين وجب العدول إلى مجازه، وهو الماء، لأن اسم الدجلة حقيقة في قرارها، ومجاز في مائها، والمجاز المستعمل أولى من الحقيقة المتروكة. فأما الجواب عن استدلاله إذا حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو أن الإناء آلة للشرب، فصارت اليمين معقودة عليه، وليست الدجلة آلة للشرب، فصارت اليمين معقودة على مائها، ألا تراه إذا قال: والله لا شربت من هذه الناقة حنث إذا شرب من لبنها، وإن لم يمتصه من أخلاف ضروعها.

ولو قال: والله لا شربت من هذا الإناء، فشرب من لبن الإناء بعد إخراجه منه لم يحنث.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الشرب منها حقيقة، ومن مائها مجاز، فهو ما قدمناه من أن المجاز المستعمل أولى من الحقيقة المتروكة والله أعلم بالصواب.

باب من حلف على غريمه لا يفارقه حتى يستوفي حقه

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى غَرِيمِهِ لَا يُفَارِقُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِي حَقَّهُ فَفَرَّ مِنْهُ لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّهُ لَمْ يُفَارِقْهُ وَلَوْ قَالَ: لَا أَفْتَرِقُ أَنَا وَأَنْتِ حَنَثَ».

قال في الحاوي: وأصل هذا الباب أن كل يمين علقت على فعل فاعل كانت مقصورة على فعله، ولم يتعلق بفعل غيره، فيكون البر والحنث معتبراً بفعل من قصد باليمين، فإذا لازم صاحب الدين غريمه، وحلف أن لا يفترقا حتى يستوفي حقه لم يخل يمينه من أحد ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعقدها على فعله.

والثاني: على فعل غريمه.

والثالث: على فعلهما.

فأما الأول: وهو أن يعقدها على فعله، فهو أن يقول: والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك، فالبر والحنث متعلق بفعل الحالف دون المحلوف عليه، فإن فارقه الحالف مختاراً ذاكراً حنث، وإن فارقه مكرهاً أو ناسياً ففي حنثه قولان، على ما مضى في حنث المكره والناسي، فأما إن فارقه الغريم المحلوف عليه وفر منه لم يحنث الحالف، سواء قدر على إمساكه أو لم يقدر، لأن اليمين معقودة على فعله فكان حنثه بأن يكون الفراق منسوب إلى فعل غريمه، فلم يتعلق به حنث، ووهم ابن أبي هريرة فخرج حنثه بفراق الغريم على قولين من حنث المكره والناس وهو خطأ لما ذكرنا.

وأما الثاني: فهو أن يعقد يمينه على فعل غريمه، وهو أن يقول: والله لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك، فإن فارقه الغريم مختاراً ذاكراً حنث، وإن فارقه مكرهاً أو ناسياً، فقد اختلف أصحابنا في الإكراه إذا كان في فعل المحلوف عليه، هل يجري مجرى الإكراه في فعل الحالف على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين أن الإكراه فيهما على سواء، فعلى هذا في حنث الحالف قولان:

والثاني: وهو قول البصريين، أن الإكراه معتبر في فعل الحالف وغير معتبر في فعل المحلوف عليه، فعلى هذا يحنث الحالف قولاً واحداً، فأما إن كان الحالف هو المفارق للغريم، فلا حنث عليه لأن يمينه معقودة على فعل غريمه، لا على فعل نفسه، وهذا الفراق منسوب إليه، وليس بمنسوب إلى الغريم، فلم يتعلق به حنث.

وأما الثالث: وهو أن يعقد يمينه على فعله، وفعل غريمه، وهو أن يقول: والله لا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

افترقنا أنا وأنت، أو والله لا فارق واحد منا صاحبه، حتى أستوفي حقي منك، فالحنث ها هنا واقع بفراق كل واحد منهما صاحبه، لانعقاد اليمين على فعلهما، فإن فارقه الحالف حنث إن كان ذاكراً مختاراً، وفي حنثه إن كان مكرهاً أو ناسياً قولان، وإن فارقه الغريم المحلوف عليه ذاكراً مختاراً حنث الحالف، وإن فارقه مكرهاً أو ناسياً، ففي حنث الحالف ما قدمناه من خلاف البغداديين والبصريين في معاني هذه الأقسام في اليمين إذا كانت في الكلام أن يقول: والله لا كلمتك، فإن كلمة الحالف، حنث لعقد اليمين على كلام الحالف، وإن كلمه المحلوف عليه لم يحنث ولو قال: والله لا كلمتن فكلمه المحلوف عليه حنث، ولو كلمه الحالف لم يحنث لعقد اليمين على كلام المحلوف عليه، ولو قال: والله لا تكلمنا أو لا كلم واحد منا صاحبه، فأيهما كلم الآخر حنث لأن اليمين معقودة على كلام كل واحد منهما والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَفْلَسَ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ».

قال في الحاوي: وهذا راجع إلى من حلف لا يفارقه غريمه حتى يستوفي حقه منه فأفلس الغريم ففارقه لأجل الفلس الموجب لإطلاقه لا لخديعة، فلا يخلو حال فراقه من أن يكون بحكم أو بغير حكم، فإن فارقه بنفسه لما أوجبه الشرع من إنظار المعسر حنث، لأن أحكام الشرع إذا خالفت عقد اليمين لم يمنع من الحنث كمن غصب مالاً، وصف لا رده على صاحبه حنث برده عليه، وإن كان رده بالشرع واجباً، لأنه رده عليه مختاراً، وهكذا لو دخل دار غيره وحلف لا خرج منها حنث بخروجه، وإن أوجبه الشرع، فأما إن حكم الحاكم عليه بمفارقته لما حكم به من فلسه، فهو في هذا الفراق مكره غير مختار، لأنه منسوب إلى إجبار الحاكم، فيكون في حنثه قولان من حنث المكره.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فِيمَا يَرَى فَوَجَدَ فِي دَنَانِيرِهِ زُجَاجاً أَوْ نُحَاساً حَنَثَ فِي قَوْلِ مَنْ لَا يَطْرِحُ الغَلَبَةَ وَالخَطَأَ عَنْ النَّاسِ لأَنَّ هَذَا لَمْ يَعْمَدْهُ».

قال في الحاوي: إذا استوفى حقه في الظاهر ثم وجد فيه بعد فراقه نحاساً أو رصاصاً أو زجاجاً لم يعلم به صار فيه كالمغلوب والناسي، فيكون في حنثه قولان:

أحدهما: يحنث اعتباراً بوجود الفعل وإطراحاً للقصد.

والثاني: لا يحنث اعتباراً بالقصد وإطراحاً للفعل.

وأما إذا أوجده معيباً، وهو من جنس الحق، فهو على ضربين:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

أحدهما: أن يكون عيبها يخرجها من انطلاق اسم الحق عليها، لأن حقه دنانير مغربية فأعطاه دنانير مشرقية، فتكون خلاف الصفة في اليمين جارياً مجرى خلاف الجنس، فإن علم به قبل فراقه حنث، وإن لم يعلم به إلا بعد فراقه كان حنثه على ما مضى من القولين.

والثاني: أن يكون عيبها لا يخرجها من انطلاق اسم الحق عليها؛ بأن تكون دنانير مغربية لكنها معيبة نظر، فإن كان عيبها مما يسمح به في الأغلب لقلة أرشه بر في يمينه، وإن كان ضد ذلك لكثرة أرشه حنث.

فإن قيل: نقصان القدر موجب للحنث فيما قل وكثر فهلا كان نقصان الأرش بمثابته في وقوع الحنث بما قلّ أو كثر قيل: لأن نقصان القدر مستحق يمنع من التماثل في الربا ونقصان الأرش مظنون لا يمنع من التماثل في الربا ويمنع من البر في اليمين.

فإن قيل: فهذا ينكسر بكثير الأرش لا يمنع من التماثل في الربا ويمنع من البر في اليمين، قيل: لأن الظن في كثيره أقوى، وفي قليله أضعف فافترقا في بر اليمين وإن استويا في تماثل الربا.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَخَذَ بِحَقِّهِ عَرَضاً فَإِنْ كَانَ قِيمَةَ حَقِّهِ لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ حَنَثَ إِلَّا أَنْ يَنْوِي حَتَّى لَا يَبْقَى عَلَيْكَ مِنْ حَقِّي شَيْءٌ فَلَا يَحْنَثُ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ لِلْقِيمَةِ مَعْنًى لأَنَّ يَمِينَهُ إِنْ كَانَتْ عَلَى عَيْنِ الحَقِّ لَمْ يَبَرَّ إِلَّا بِعَيْنِهِ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى البَرَاءَةِ فَقَدْ بَرِيءَ وَالعَرَضُ غَيْرَ الحَقِّ سَوَّى أَوْ لَمْ يُسَوِّ».

قال في الحاوي: وصورتها أن يحلف صاحب الحق على غريمه أن لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فيأخذ منه عوض حقه متاعاً أو عروضاً أو يأخذ بدل الدراهم دنانير أو بدل الدنانير دراهم، فقد اختلف الفقهاء في بره على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه لا يبر في يمينه، ويحنث سواء كان ما أخذه بقيمة حقه أو أقل منه.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أنه يبر في يمينه ولا يحنث، سواء كان بقيمة حقه أو أقل منه.

والثالث: وهو مذهب مالك أنه يبر إن كان بقيمة حقه، ويحنث إن كان أقل من قيمة حقه، ووهم المزني فنقل هذا المذهب عن الشافعي ثم رد عليه فقال: ليس للقيمة معنى، لأن يمينه إن كانت على غير الحق لم يبر إلا بعينه، وإن كانت على البراءة فقد برىء، والعوض غير الحق، سوى أو لم يساو فيقال للمزني: نقلك خطأ وجوابك صحيح، وإنما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

حكاه الشافعي عن مالك، وقد أفصح بمذهبه في كتاب الأم أنه يحنث، واحتج أبو حنيفة على بره بأخذ البدل بأنه إذا أخذ عن مائة دينار ألف درهم صار عليه بأخذ الألف مائة دينار، فصار مستوفياً لحقه.

ودليلنا هو أن سقوط الحق إنما هو بالمأخوذ وهو دراهم والحق دنانير، فصار آخذاً لبدل الحق، وليس بآخذ للحق، ولأننا أجمعنا وأبو حنيفة أنه لو كان حق الحالف ثوباً فصالح عنه بدراهم أخذها منه أنه يحنث، فكذلك إذا أخذ عن الدراهم ثوباً أو أخذ عن الدنانير دراهم حنث، لأنه قد أخذ في الحالين بدل حقه، ولم يأخذ بعينه وفيه جواب.

فصل:

فأما إذا حلف لا يفارقه حتى يستوفي ما عليه ولم يقل: أستوفي حقي فأخذ بحقه بدلاً بر في يمينه، لأنه قد صار بأخذ البدل مستوفياً ما عليه، ولو أبرأه من الحق حنث، لأن الإبراء ليس باستيفاء، ولو أخذ به رهناً حنث أيضاً، لأن الرهن وثيقة، ولو أحاله بالحق حنث، لأنه ما استوفى ما عليه، وإنما نقله إلى ذمة غيره، ولو أحاله صاحب الحق على الغريم بر لأنه قد استوفى بالحوالة حقه، ولو جنى عليه جناية أرشها بقدر حقه فإن كانت خطأ لم يبر، لأن أرشها على عاقلته، وإن كانت عمداً فأرشها في ذمته، وحقه في ذمة غريمه، فإن كانا من جنسين لم يجز أن يتقاضاه، لأنه بيع دين بدين، فيحنث لبقاء حقه على غريمه، وإن كانا جنس واحد فهل يكون قصاصاً فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يكون قصاصاً، وإن لم يتراضيا، فعلى هذا فقد بر في يمينه.

والثاني: لا يكون قصاصاً وإن تراضيا، فعلى هذا قد حنث في يمينه.

والثالث: يكون قصاصاً مع التراخي، ولا يكون قصاصاً مع عدم التراخي، فعلى هذا إن تراضيا قبل الافتراق بر، وإن لم يتراضيا حنث.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «حَدُّ الفِرَاقِ أَنْ يَتَفَرَّقَا عَنْ مَقَامِهِمَا الَّذِي كَانَا فِيهِ أَوْ مَجْلِسِهِمَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، وهو معتبر بالعرف أن يصير كل واحد منهما في مكان لا ينسب إلى مكان صاحبه، وجملته أن كل ما جعلناه افتراقاً في البيع في سقوط الخيار في المجلس جعلناه افتراقاً في اليمين في وقوع الحنث وقد أوضحناه فأغنى عن إعادته، فلو أكره الحالف على الافتراق كان في حنثه قولان، ولو مات الحالف قبل فراقه لم يحنث، ولو مات المحلوف عليه لم يكن مفارقاً له بالموت بخلاف الافتراق بالبيع حتى يفارقه ببدنه، فإذا فارقه ببدنه، ففي حنثه حينئذٍ قولان كالمكره.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّهُ حَقَّهُ غَداً فَقَضَاهُ الْيَوْمَ حَنَثَ لأَنَّ قَضَاءَهُ غَداً غَيْرُ قَضَائِهِ الْيَوْمَ فَإِنْ كَانَتْ نِيَّتُهُ أَنْ لَا يَخْرُجُ غَدٌ حَتَّى أَقْضِيكَ حَقَّكَ فَقَدْ بَرَّ».

قال في الحاوي: وقد مضت هذه المسألة إذا حلف ليقضينه حقه غداً فقضاه اليوم أنه يحنث، لأن قضاءه اليوم ليس بقضاء في غد وقال أبو حنيفة ومالك: لا يحنث، ولكن لو نوى بيمينه أن لا يخرج غداً حتى أقضيك بر، لأنه جعل خروج الغد حداً، ولم يجعله وقتاً ولو حلف، لأدخلن الدار في غد فدخلها اليوم لم يحنث، لأنه يقدر على دخولها في غد فإن لم يدخلها في غد حنث، ولو حلف ليبيعن عبده في غد فباعه اليوم لا يحنث، لأنه يقدر على ابتياعه بعد بيعه ثم يبيعه في غد، فإن فعل ذلك وإلا حنث حينئذٍ، ولو أعتقه قبل غد حنث، لأنه لا يقدر على بيعه بعد عتقه، ولو دبره لم يحنث، لأنه يقدر على بيعه، ولو كاتبه لم يتعجل حنثه لجواز أن يعجز العبد نفسه قبل غد فيقدر على بيعه في غد. ولو حلف ليطلقن زوجته في غد، فطلقها اليوم، فإن استوفى به جميع طلاقها حنث، وإن لم يستوفيه لم يحنث، لأنه يقدر على طلاقها في غد.

ولو حلف ليتزوجن هذه المرأة في غد فتزوجها اليوم، ولم يتعجل حنثه، لأنه يقدر على طلاقها واستئناف نكاحها في غد، فإن فعل وإلا حنث.

ولو حلف ليعتقن عبده في غد فأعتقه اليوم حنث، لأنه لا يقدر على استئناف عتقه بعد نفوذه اليوم بخلاف النكاح، وإذا حنث في هذه المسائل على ما بينا، ففي زمان حنثه ثلاثة أوجه:

أحدها: حكاه ابن أبي هريرة احتمالاً، أنه يحنث لوقته، لأنه لا سبيل له إلى البر.

والثاني: أنه يحنث في أول دخول غده. لأنه أول أوقات بره.

والثالث: أنه لا يحنث إلا بخروج غده، لأنه أخر أوقات بره، فصار وقتاً لحنثه، والله أعلم.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «هَكَذَا لَوْ وَهَبَهُ لَهُ رَبُّ الحَقِّ حَنَثَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَوَى أَنْ لَا يَبْقَى عَلَى غَداً مِنْ حَقِّكَ شَيْءٌ فَيَبِرَّ».

قال في الحاوي: ولسقوط الحق عنه بغير أداء حالتان:

إحداهما: هبة تتوجه إلى الأعيان.

والثاني: إبراء يتوجه إلى الذمة، فأما الهبة فهي تمليك محض لا يتم إلا بالقبول بعد البدل والقبض بعد العقد، فإذا حلف ليقضينه حقه في غد أو ليدفعن إليه حقه في غد فوهبه

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

صاحب الحق له حنث الحالف، لأن الحق سقط بغير دفع، وقد اختار التملك فصار مختاراً للحنث، فحنث ولو كان الحق في الذمة فأبرأه منه، فإن قيل: إن الإبراء تمليك يقف على القبول حنث كالهبة وإن قيل: إنه إسقاط لا يفتقر إلى القبول ففي حنثه قولان، كالمغلوب على الحنث، ولكن لو قال: والله لا فارقتك ولي عليك حق، فوهبه له أو أبرأه منه بر في يمينه، لأنه لم يبق له بعد الهبة، والإبراء حق.

ولو كان له عنده وديعة ففارقه قبل استرجاعها نظر مخرج يمينه، فإن قال: لا أفارقك ولي عليك حق بر مع بقاء الوديعة، لأنه ليست عليه، وإن قال: لا أفارقك ولي عندك حق حنث ببقاء الوديعة، لأنها حق له عنده.

ولو كان له عنده عارية حنث في الحالين سواء قال: عليه أو عنده، لأن عليه ضمانها وعنده عينها.

فصل:

ولو حلف لا بعت لزيد متاعاً فوكل زيد في بيع فباعه الحالف لم يحنث، وعلى مذهب مالك يحنث، وليس بصحيح، لأنه أضاف المتاع إلى زيد بلام التمليك، فصارت يمينه مقصورة على ملك زيد، وهذا المتاع ملك لغير زيد، ولو قال: والله لا بعت متاعاً في زيد فوكل زيد في بيع متاعه فباعه الحالف نظر في توكيل زيد فإن وكل أن يبيعه كيف أرى بنفسه أو بغيره حنث الحالف، لأنه قد باع متاعاً في يد زيد، وإن وكل أن يبيعه بنفسه فدفعه إلى الحالف حتى باعه كان البيع باطلاً، ولم يحنث به الحالف ويكون الحنث واقعاً بما يصح من البيع دون ما فسد، وكذلك سائر العقود إذا حلف لا يعقدها، فعقدها عقداً فاسد لم يحنث، وقال أبو حنيفة: يحنث بالصحيح منها والفاسد استدلالاً بأن العقد فعل، والصحة والفساد حكم، وعقد يمينه على الفعل دون الحكم.

ودليلنا: هو أن العقد ما تم، والفساد يمنع من تمامه، وإذا لم يتم شرط الحنث، لم يقع كالنكاح الفاسد، فإنه وافق على أنه لا يحنث به، وخالف في البيع الفاسد، فأوقع الحنث به، فإن اعتبر الحنث بفعل العقد بطل النكاح، وإن اعتبر بصحة العقد بطل البيع، فلم يسلم له دليل، ولم يصح له تعليل.

فصل:

فإذا حلف لا يصوم، فدخل في الصيام حنث بالدخول فيه، وإن لم يستكمل جميع اليوم. ولو حلف لا يصلي حنث بإحرامه بالصلاة، وإن لم يستكملها.

وقال ابن سريج: لا يحنث حتى يقرأ بعد الإحرام، ويركع، فيأتي بأكثر الركعة. وقال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يستكمل ركعة بسجدتها يستوعب بها جنس، أفعال الصلاة.

ودليلنا: هو أن يكون مصلياً بالدخول في الصلاة، كما يكون صائماً بالدخول في

الصيام، فوجب أن يستوفيا في الحنث بالدخول، لأن اليمين إذا تعلقت باسم استقر حكمها بالدخول في أول الاسم كمن حلف لا يدخل الدار، فدخل أول دهليزها حنث واستدلاله يفسد بالجلوس قدراً لتشهد، فإنه من جنس أفعالها، ولم تشتمل عليه الركعة الأولى، والله أعلم بالصواب.

باب من حلف على امرأته لا تخرج إلا بإذنه

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ خَرَجْتِ إِلَّا بِإِذْنِي أَوْ حَتَّى آذَنَ لَكَ فَهَذَا عَلَى مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ وَإِذَا خَرَجَتْ بِإِذْنِهِ فَقَدْ بَرَّ وَلَا يَحْنَثُ ثَانِيَةً إِلَّا أَنْ يَقُولَ كُلَّمَا خَرَجْتُ إِلَّا بِإِذْنِي فَهَذَا عَلَى كُلِّ مَرَّةٍ».

قال في الحاوي: اعلم أن ألفاظ يمينه إذا حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما اتفق الفقهاء على أنها تنعقد على مرة واحدة، ولا توجب التكرار، وذلك لفظتان «إلى» و«حتى».

فإذا قال لها: أنت طالق إن خرجت إلى أن آذن لك، أو حتى آذن لك، فتنعقد يمينه على خروجها مرة واحدة بإذنه، فإن خرجت مرة واحدة بإذنه بر، وانحلت يمينه ولا يحنث، وإن خرجت بعد ذلك بغير إذنه، واختلفوا في العلة مع اتفاقهم في الحكم، فعلل أصحاب أبي حنيفة بأنهما لفظتان غاية ارتفع حكمها بانقضائها.

وعلل أصحاب الشافعي رحمه الله بأنهما لما لم يتكررا في الحنث لم يتكرر في البر. وتأثير هذا الاختلاف في التعليل يتبين في القسم الثالث، فهذا حكم القسم الأول.
والثاني: ما اتفقوا على أنها تنعقد على التكرار في البر والحنث، وهي لفظة واحدة، وذلك قوله: كلما دخلت الدار بغير إذني، فأنت طالق فلفظة «كلما» موضوعة للتكرار، فبره يكون بإذنه لها في كل مرة، وحنثه يكون بأن لا يأذن لها في كل مرة، وإن خرجت مرة بغير إذنه حنث، وطلقت واحدة، ولم تسقط يمينه، وإن خرجت ثالثة بغير إذنه حنث، وطلقت ثالثة، وسقطت يمينه بعدها لاستيفاء ما ملكه من طلاقها.

ولو أذن لها بالخروج ثلاثة مرات من ثلاثة خرجات بر، ولم تخل يمينه، لبقاء الطلاق.

فإن خرجت رابعة بغير إذنه، طلقت، فيقدر الحنث بالثلاث، ولم يتقدر بها البر، لاعتبار الحنث بما ملكه من عدد الطلاق، فلو خرجت مرة بإذنه وثانية بغير إذنه، وثالثة بإذنه، ورابعة بغير إذنه بر في خرجتين الأولى والثالثة.

---

(1) انظر الأم (٥/ ٢٣٤).

وحنث في خرجتين في الثانية والرابعة ثم على هذه العبرة.

والثالث: ما اختلف فيه: هل تنعقد يمينه على مرة واحدة أو على التكرار، وذلك فيما عدا القسمين الماضيين من الألفاظ، وهي خمسة ألفاظ:

أحدها: إن خرجت من الدار إلا بإذني، فأنت طالق.

والثانية: إن خرجت من الدار إلا أن آذن لك، فأنت طالق.

والثالثة: إن خرجت من الدار بغير إذني، فأنت طالق.

والرابعة: أي وقت خرجت من الدار بغير إذني، فأنت طالق.

والخامسة: متى خرجت من الدار بغير إذني، فأنت طالق.

فاختلفوا في انعقاد اليمين بهذه الألفاظ هل توجب التكرار في البر والحنث على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه أنها تنعقد على مرة واحدة في البر والحنث، ولا توجب التكرار في بر ولا حنث.

فإن خرجت مرة واحدة بإذن بر وانحلت اليمين، ولا يحنث إن خرجت بعد ذلك بغير إذن.

وإن خرجت مرة واحدة بغير إذن حنث، وسقطت اليمين، ولا يعود الحنث إن خرجت بعده بغير إذن.

والثاني: وهو مقتضى مذهب مالك أنها تنعقد على التكرار في البر والحنث، وإن خرجت مرة بإذن بر، ولم تنحل اليمين، وإن خرجت مرة بغير إذن حنث، ولم تسقط اليمين.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة أنها تنعقد على المرة الواحدة في الحنث، وعلى التكرار في البر، فإذا خرجت مرة بغير إذن حنث، وسقطت اليمين، ولم يحنث إن خرجت مرة من بعد بغير إذن.

وإن خرجت مرة بإذن بر، ولم تنحل اليمين، وحنث إن خرجت بعده بغير إذن، ولأصحابه في هذا طريقان:

منهم من يرى أن قوله: «إلا بإذني» استثناء يوجب خروج المستثنى، ولا يتعلق به بر ولا حنث، وبره بأن يكون لا تخرج، وحنثه يكون بأن تخرج بغير إذن، ليكون باراً من وجه واحد، وحانثاً من وجه واحد به، ولا يكون باراً من وجهين: وحانثاً من وجه، كمن قال لزوجته: إن كلمت زيداً، فأنت طالق كان بكلامها لزيد حانثاً ويترك كلامه باراً، وبكلامها لغيره غير بار، ولا حانث، وهذه أشبه بطريقة المحققين منهم، وهي فاسدة من وجهين:

أحدهما: أن يمينه تضمنت منعاً، وتمكيناً، فالمنع خروجها بغير إذن، والتمكين خروجها بإذن.

فلما حنث بالجمع وجب أن يبر بالتمكين، لأن كل واحد منهما قد تضمنته اليمين، وخالف ما استشهد به من يمينه على كلامها لزيد، لأن كلامها لغيره لم يدخل في يمينه من منع ولا تمكين، فلم يتعلق به بر ولا حنث.

والثاني: أن البر والحنث يتعلقان في الأيمان بشيء واحد، فإن كانت على إثبات كقوله: والله لأدخلن الدار، كان بره بدخولها، وحنثه بأن لا يدخلها. وإن كانت على نفي كقوله: والله لا دخلت الدار كان بره بأن لا يدخلها وحنثه بأن يدخلها.

فلما كان حنثه في قوله: إن خرجت إلا بإذني، فأنت طالق، يكون بخروجها بغير إذنه وجب أن يكون بره بخروجها بإذنه، فنثبت بهذين المعنيين فساد هذه الطريقة.

والثانية: لهم أن يسلموا وقوع البر بالخروج بإذن، كما أن وقوع الحنث بالخروج بغير إذن، ويستدلوا على وجوب تكرار البر، وإن لم يتكرر الحنث بأمرين:

أحدهما: إنما انعقد الإجماع عليه في قوله لزوجته: إن خرجت من الدار إلا راكبة فأنت طالق، أن البر يتكرر، والحنث لا يتكرر، ويلزمها أن تخرج في كل مرة راكبة، وإن خرجت مرة غير راكبة حنث وسقطت اليمين، وإن خرجت مرة راكبة بر ولم تخل اليمين، ولزمها الخروج بعد هذا البر راكبة أبداً، كذلك ما اختلفنا فيه من قوله: إن خرجت إلا بإذن، فأنت طالق، فخرجت مرة بإذنه، لم تخل اليمين، ولزمها أن تخرج كل مرة بإذنه. ولو خرجت مرة بغير إذنه حنث، وسقطت اليمين، فيكون الإجماع في اشتراط الركوب دليلاً على الخلاف في اشتراط الإذن، إذ ليس بين الشرطين فرق في الحكم.

والثاني: أنه لما كان البر يترك الخروج مؤبداً، والحنث بالخروج من غير إذن مقيداً وجب أن يكون البر بالخروج بالإذن متكرراً، وإن لم يكن الحنث بالخروج بغير إذن متكرراً.

والدليل على فساد هذه الطريقة من وجهين:

أحدهما: لما كان عقد اليمين بلفظ الغاية يوجب استواء البر والحنث في سقوط التكرار، وكان عقدها بقوله: «كلما» يوجب استواء البر والحنث في وجوب التكرار، وجب أن يكون عقدها بما اختلفا فيه من قوله: إن خرجت إلا بإذني، ملحقاً بأحدهما في استواء البر والحنث في وجوب التكرار وسقوطه، فلما سقط التكرار في الحنث وجب أن يسقط التكرار في البر.

وتحريره قياساً: أن كل يمين اشتملت على منع وتمكين وجب أن يكون البر فيها مقابلاً للحنث في وجوب التكرار وسقوطه كالمعقود بلفظ الغاية في سقوط التكرار، وكالمعقودة بـ «كلما» في وجوب التكرار.

والثاني: أن البر والحنث في الأيمان معتبران بالعقد، فإن أوجب تكرار المنع والتمكين أوجب تكرار البر والحنث، وإن لم يوجب تكرارهما لم يتكرر البر والحنث. ولفظ التكرار معدوم في قوله: إن خرجت إلا بإذني، فانعقد على مرة، وموجود في قوله:

كلما خرجت بغير إذني، فانعقد على كل مرة.

ألا تراه لو قال لها: إن خرجت بإذني، فأنت طالق، انعقدت على مرة، ولو قال: كلما خرجت بإذني فأنت طالق، انعقدت على مرة، ولو قال: كلما خرجت بإذني انعقدت على التكرار وما انعقدت عليه اليمين سواء في البر والحنث في التكرار والانفراد، لأن عقدها إن قابلت مقتضاها كان حكمها مقصوراً عليه.

وتحريره قياساً: أن ما انعقدت عليه اليمين وجب أن يستوي فيه البر والحنث، قياساً على تعليق الطلاق بالإذن، تسوية بين الإثبات والنفي فأما الجواب عن استدلالهم بقوله: إن خرجت إلا راكبة، فهو أن هذا تعليق طلاق بصفة، وهي خروجها ماشية، فوقع بوجود الصفة، وليست يميناً توجب منعاً، وتمكيناً، فافترقا.

وأما الجواب عن اجتماعهم بامتداد البر في المقام إلى الموت، وتوقيت الحنث بالخروج، فهو أن المقام في منزلها ترك مطلق، فحمل على التأبيد في البر، والخروج فعل مقيد بوقته، فتقدر به البر والحنث، فوجب أن يكون البر فيه مساوياً للحنث.

فصل:

ويتفرع على ما قدمناه أن يقول لها: إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني، فأنت طالق، فخروجها إلى الحمام مستثنى من يمينه، لأنه لا يفتقر إلى إذن، ولم يتعلق به بر ولا حنث، فاليمين منعقدة على خروجها إلى غير الحمام، فإن خرجت إليه بغير إذنه حنث وسقطت اليمين فإن خرجت إليه بإذنه بر، وانحلت اليمين.

فإذا كان كذلك لم يحل خروجها بغير إذن، إذا جمعت فيه بين الحمام وغير الحمام من ثلاث أضرب:

أحدها: أن تخرج إلى الحمام، ثم تعدل إلى غير الحمام، فلا حنث عليه اعتباراً بقصد الخروج أنه كان إلى الحمام.

والثاني: أن تخرج إلى غير الحمام، ثم يعدل إلى الحمام، فيحنث اعتباراً بقصد الخروج أنه كان إلى غير الحمام.

والثالث: أن تخرج جامعه في قصدها بين الحمام وغير الحمام، فيحنث، لأن خروجها إلى غير الحمام موجود، فلم يمنع اقترانه بالخروج إلى الحمام من وقوع الحنث به.

ووهم أبو حامد الإسفراييني، فقال: لا يحنث به تغليباً لما لا يوجب الحنث على ما يوجبه، وزلله فيه واضح، لما عللناه.

ألا تراه لو قال لها: إن كلمت زيداً، فأنت طالق، فكلمت زيداً وعمراً معاً طلقت، ولم يمنع كلامها لعمرو من قوع الطلاق بكلامها لزيد؟!

فصل:

فأما الإذن، فقد يكون تارة بالقول، وتارة بالكناية، وتارة بالرسالة، وتارة بالإشارة وجميعه يكون إذناً اعتباراً بالعرف فيه.

وسواء ابتدأ الزوج بالإذن أو سألته، فأذن. فإن استأذنته وأمسك، فلم يكن منه إذن ولا منع، لم يكن السكوت إذناً إلا أن تقترن به إشارة، فتصير الإشارة إذناً.

فإن أذن لها، ثم رجع في إذنه، لم يسقط حكم الإذن برجوعه، لأت شرط البر وجود الإذن، وليس بقاؤه عليه شرطاً فيه، وسواء كان رجوعه قبل الخروج أو بعده.

فإن شرط إذناً باقياً، فرجع فيه حنث إن كان رجوعه قبل الخروج، ولم يحنث إن كان رجوعه بعد الخروج.

ولو شرط في يمينه أن يكون خروجها بإذن غيره، اعتبر إذن ذلك الغير دون الحالف، ولو شرط إذنهما معاً حنث بخروجها عن إذن أحدهما، فإن أذن للغير أن يأذن لها، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يقول: ائذن لها عن نفسك، فلا يجزىء في البر أن يأذن لها الغير، حتى يأذن معه الحالف، فإن أذن الغير، ولم يأذن الحالف حنث.

والثاني: أن يقول: ائذن لها عني، فقد صار في الإذن نائباً عن الحالف، فيحتاج الغير أن يأذن لها إذنين.

أحدهما: عن نفسه.

والثاني: عن الحالف.

فإذا جمع بين الإذنين بر الحالف، وإن اقتصر على أحدهما حنث.

والثالث: أن يطلق إذنه للغير، فيسأل عنه الحالف. فإذا أراد به أحد الأمرين عمل عليه، وكان حكمه على ما قدمناه من الضربين، فإن فات سؤال الحالف عنه الغيبة طالت نظر، حال ذلك الغير مع الحالف.

فإن كان ممن جرت عادته أن يأمره وينهاه، صار هذا الإذن له أمراً، فيكون إذناً عن الحالف، فيصير كالضرب الثاني.

وإن لم تجر عادته بأمره ونهيه صار مثل هذا الإذن طلباً، فيكون إذناً عن الغير، فيصير كالضرب الأول اعتباراً بالعرف والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَذِنَ لَهَا وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ فَخَرَجَتْ لَمْ يُحْنَثْ لأَنَّهُ قَدْ أَذِنَ لَهَا وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِرَجُلٍ فَغَابَ أَوْ مَاتَ فَجَعَلَهُ صَاحِبُ الحَقِّ فِي حِلٍّ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٤، ٢٣٥).

بَرِيءٌ غَيْرَ أَنِّي أُحِبُّ لَهُ فِي الوَرَعِ لَوْ أَحْنَثَ نَفْسَهُ لأَنَّهَا خَرَجَتْ عَاصِيَةً لَهُ عِنْدَ نَفْسِهَا وَإِنْ كَانَ قَدْ أَذِنَ لَهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا حلف بطلاقها أن لا تخرج إلا بإذنه، وأذن لها ولم تعلم بالإذن حتى خرجت لم يحنث، ولا يكون علمها بالإذن شرطاً في البر، وهذا مذهب الشافعي وبه قال أبو يوسف وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد يحنث، ويكون علمها بالإذن شرطاً في البر، استدلالاً بأربعة معانٍ:

أحدها: أن الإذن تضمن الإعلام لقوله تعالى: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ﴾ [الحج: ٢٧]، أي أعلمهم بفرضه، وقول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس: «إذا حللت، فآذنيني»[1]، أي: أعلميني. وقول الشاعر:

آذنتنا ببينها أسماء ... رب ثاو يمل منه الثواء

أي: أعلمتنا، فإذا ثبت بالشرع واللغة أن الإذن يتضمن الإعلام صار شرطاً، فيه فإن عدم لم يكمل الإذن، فلم يقع به البر.

والثاني: أن الإذن أمر يخالف ما بعد حكم ما قبله، فجرى مجرى النسخ، ثم ثبت أن العلم بالنسخ شرط في لزومه كذلك العلم، بالإذن شرط في صحته.

والثالث: أنه ألزمها بخروجه عن إذنه أن تكون مطيعة في الخروج، فإذا لم تعلم بالإذن صارت عاصية بالخروج، فلم يكن هو الخروج المأذون فيه، فوجب أن يحنث به، ويصير عدم علمها بالإذن جارياً مجرى عدم الإذن، لوجود المعصية فيهما، كمن باع ما لا يعلم أنه مالك له، ثم علم أنه قد كان مالكاً له، كان بيعه باطلاً، وجرى عدم علمه بالملك مجرى عدم الملك.

والرابع: أن الإذن يفتقر إلى آذن، ومأذون له، كالكلام الذي يفتقر إلى قائل ومستمع، فلما كان المنفرد بالكلام يسلبه حكم الكلام، وجب أن يكون المنفرد بالإذن يسلبه حكم الإذن.

ودليلنا أربعة معانٍ:

أحدها: أن الإذن يختص بالآذان، والعلم به مختص بالمأذون لها، وشرط يمينه إنما كان معقوداً على ما يختص به من الإذن دون ما يختص بها من العلم. ألا ترى أن اسم الإذن ينطلق على إذنه دون علمها، فوجب أن يكون تفرده بالإذن موجباً لوجود الشرط، فلا يقع به الحنث، كما لو قال: إن قمت، فأنت طالق، طلقت بقيامه، إن لم تعلم.

والثاني: أنه لو كان العلم شرطاً في الإذن لكان وجوده من الحالف شرطاً فيه، كما كان وجود الإذن منه شرطاً فيه، فلما ثبت أنها لو علمت به من غيره صح، لو أذن لها

---

(١) تقدم تخريجه.

غيره لم يصح، دل على خروجه من حقوق الإذن، وصح بمجرد القول.

والثالث: أنه قد حظر الخروج عليها باليمين، وأباحها الخروج بالإذن، فصار عقدها جامعاً بين حظر وإباحة، والاستباحة، إذا صادفت إباحة لم يعلم بها المستبيح جرى عليها حكم الإباحة دون الحظر، كمن استباح مال رجل قد أباح له، وهو لا يعلم بإباحته، جرى على المال المبتدىء حكم الإباحة اعتباراً بالمبيح، ولم يجز عليه الحظر اعتباراً بالمستبيح.

كذلك حكم هذه الخروج.

وتحريره: أنها استباحة بعد إباحة، فلم يكن فقد العلم بها مؤثراً في حكمها كالمال.

والرابع: أنها لا تعلم بإذنه، لبعدها تارة، ولنومها أخرى، وقد وافقوا أنه لو أذن لها، وهي نائمة، فخرجت غير عالمة بإذنه لم يحنث، كذلك إذا أذن لها، وهي بعيدة، فلم تعد تعلم بإذنه حتى خرجت وجب أن لا يحنث.

وتحريره: أنها يمين تعلق البر فيها بالإذن، فوجب أن لا يكون عدم العلم به موجباً للحنث، كالنائمة والناسية.

وأما الجواب عن استدلالهم الأول، بأن الإذن يتضمن الإعلام استشهاداً بما ذكروه، فمن وجهين:

أحدهما: أن الإعلام، هو الإيذان دون الإذن، وفرق بين الإذن والإيذان.

والثاني: أن الإذن لو اقتضى الإعلام، لاختص به الإذن دون غيره، وهو لا يختص به، فلم يكن من شرط إذنه.

وأما الجواب عن استدلالهم الثاني في النسخ، فهو أن في اعتبار العلم به وجهين:

أحدهما: أن النسخ يلزم مع عدم العلم به كالإذن، فلم يكن فيه دليل.

والثاني: أنه لا يلزم إلا بعد العلم به، كأهل قباء حين استداروا في صلاتهم، وبنوا على ما تقدم قبل علمهم بنسخ بيت المقدس بالكعبة.

فعلى هذا أن الفرق بينهما أن النسخ مختص بالتعبد الشرعي، فلم يلزم إلا بعد العلم به، لوجوب إبلاغه، والإذن رافع للمنع، فصار مرتفعاً قبل العلم به.

وأما الجواب عن استدلالهم الثالث بأن اشتراط الإذن يقتضي خروجاً تكون فيه مطيعة، فهو انتقاضه بخروجها إن كانت ناسية لإذنه، أو كانت نائمة عند إذنه هي قاصدة لمعصيته ولا يحنث به.

وأما الجواب عن استدلالهم الرابع بالمتكلم، فهو فساد الجمع بينهما، لأن المعتبر في كلام الغير الاستماع دون الإعلام والسماع، وهم يعتبرون في الإذن الإعلام دون السماع والاستماع، ففسد الجمع بينهما مع اختلاف مقصودهما.

فصل:

فإذا ثبت أن العلم ليس بشرط في صحة الإذن، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: ولو أذن لها وأشهد على نفسه لم يحنث، وليس إشهاده على الإذن شرطاً فيه، وإنما هي حجة له إن ادعاه، ليرفع به الطلاق إذا أنكرته الزوجة، ليقع عليها الطلاق.

وإنما الشرط في صحة الإذن أن يكون مسموعاً منه، فإن لم يذكره لمستمع لم يصح، لأنه يصير من حديث النفس الذي لا يصح به الإذن.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: «وَأُحِبُّ لَهُ فِي الوَرَعِ أَن يُحْنِثَ نَفْسَهُ».

وإنما اختار له ذلك، لأنه مخرج مختلف في استباحته، فاختار له أن تكون الاستباحة ومتفقاً عليها، وأمره بالتزام الحنث، ولم يرد بالتزام الحنث التزام الطلاق، لأنه التزام الطلاق لم تصر زوجته مستبيحة الأزواج باتفاق، وإنما أمره بما تكون الاستباحة في الجهتين باتفاق يقع. وإذا كان كذلك لم يخل أن يكون الطلاق رجعياً أو ثلاثاً. فإن كان رجعياً، فيختار له في الورع إن أراد المقام معها أن يرتجعها، لأن الطلاق إن وقع استباحها بالرجعة، وإن لم يقع لم تضره الرجعة.

وإن لم يرد المقام معها قال لها: إن لم يكن الطلاق قد وقع عليك، فأنت طالق واحدة، حتى لا يلزمه أكثر من واحدة في الحالين.

فإن لم يقل هكذا، وقال: أنت طالق، واحدة لزمته واحدة، وكانت الثانية على اختلاف. وإن لم يقل أحد هذين كان النكاح لازماً، وهي ممنوعة من الإزواج، ويؤخذ بنفقتها والورع أن يمتنع من إصابتها.

وإن كان الطلاق ثلاثاً، فليس من الورع الإقامة عليها، والورع أن يفارقها بأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً.

وليس يحتاج أن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً إن لم يكن الطلاق قد وقع عليك لأن طلاق الحنث إن وقع لم يقع طلاق المباشرة، وخالف طلاق الرجعة، لأنه إن لم يقع طلاق الحنث وقع طلاق المباشرة.

فإن لم يقل هذا في الطلاق الثلاث، كان ملتزماً لنكاحها، وهي ممنوعة من الإزواج، ويؤخذ بنفقتها، والورع له أن يمتنع من إصابتها، فإن لم يمتنع، وأصابها في الطلاقين فلا حرج عليه، ولا مأثم، لما حكم به من بره في يمينه.

تتمة كتاب الأيمان

باب من يعتق من مماليكه إذا حنث

مسألة[1]: قَالَ: «وَمَنْ يَعْتِق مَا يَمْلِكُ».

الفصل

يعني إذا قال: رقيقي أحرار، أو مماليكي أحرار، أو إن دخلت الدار فمماليكي أحرار، أو رقيقي أحرار ودخل الدار، فإن كان عبيد وإماء عتقوا؛ لأن هذا الاسم يتناولهم حقيقة، وإن كان مدبراً أو مدبرة عتقا أيضاً؛ لأنهما في حكم العبد القن، ولو باشرهما بالعتق عتقا، وإن كانت له أم ولدٍ عتقت أيضاً؛ لأنه لو باشرها بالعتق عتقت، وكذلك إذا كان له أشقاصٌ من عبيدٍ وإماءٍ يحكم بعتقهم؛ لأنه يملك ذلك ملكاً حقيقةً، وإن كان له مكاتب أو مكاتبة فإن نوى عتقهما عتقا بالنية، وإن أطلق ولم ينو فالمنصوص أنهما لا يعتقان؛ لأنه خارج عن ملك سيده في تصرفه فلا يتصرف في رقبته ولا منفعته، ويستحق كل واحدٍ منهما الحقوق على صاحبه فلا يدخل في اسم المماليك. واعلم أن الشافعي علل فقال: «لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ خَارِجٌ عَنْ مِلْكِهِ بِمَعْنَى دَاخِلٌ». وله تأويلان:

أحدهما: أنه خارج عن ملكه مع براء عقد الكتابة، وداخل في ملكه بتعجيزه نفسه.

والثاني: أنه أراد أنه خارج ببعض أحكام الحرية له، وداخل بثبوت بعض أحكام الرق له.

وقال الربيع: سماعي من الشافعي أنهما يعتقان، فمن أصحابنا من لم يجعل هذا قولاً للشافعي، وقال: هذا من كيس الربيع وتخريجه وليس بقول الشافعي. ومنهم من قال وهو الصحيح: هذا قول آخر ففي المسألة قولان؛ لأنه قال: سماعي منه وهو ثقة فيما يرويه، ووجه قوله: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[2]. ويؤكده أنه مملوك لسيده، ولهذا لا ولاية ولا شهادة، وهذا لا يصح؛ لأن من أصحابنا من قال: يجوز أن يكون مملوكاً لا مالك له كستر الكعبة. ومنهم من قال: مملوك لنفسه ولا يعتق؛ لأنه لم يكمل ملكه، كما إذا [١/أ] اشترى عبداً فإنه يملكه ولا ينفذ عتقه فيه؛ لأنه لم يكمل ملكه.

فإنه قيل: أليس لو أعتقه نفذ عتقه فدل أنه مملوك؟ قلنا: إذا واجهه بالعتق كان إبراءً من مال الكتابة؛ لأن عتقه لا يحصل إلا به، ولهذا بقي له أولاده واكتسابه، وهنا أطلق اللفظ فينصرف إلى من ملكه حقيقة، ولا حاجة إلى استعماله في المكاتب ولا يتناوله المطلق في الحقيقة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ١١٠٢)، وانظر نصب الراية (٣/ ١٤٣).

مسألة(١): قَالَ: «وَلَوْ حَلَفَ بِعِتْقِ عَبْدِهِ لَيَضْرِبَنَّهُ غداً فَبَاعَهُ اليَوْمَ فَلَمَّا مَضَى غَدٌ اشْتَرَاهُ».

الفصل

هذه مسألة مبنية على مسألة في الطلاق، وهي إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها فدخلت الدار لم تطلق، فإن تزوجها بعد ذلك ثم دخلت الدار لم تطلق أيضاً؛ لأن الصفة قد وجدت دفعة فانحلت اليمين. ولو لم تدخل الدار في حال البينونة ثم تزوجها فدخلت هل تعود الصفة؟ قد ذكرنا أنه إن أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها، ففي القديم تعود اليمين قولاً واحداً، وفي الجديد قولان. وإن أبانها بالثلاث ففي الجديد لا تعود قولاً واحداً، وفي القديم قولان.

فإذا ثبت هذا فهاهنا إذا قال لعبده: إن لم أضربك غداً فأنت حر، فإن جاء الغد وهو مالكه، فإن ضربه بَرَّ في يمينه، وإن لم يضربه حنث، إلا أنه لا يعتق؛ لأنه ليس في ملكه. فإن اشتراه بعد ذلك لا يؤثر شيئاً؛ لأن وقت اليمين قد فات.

وفرَّع أصحابنا على هذا إذا قال: إن لم أضربك غداً فأنت حر، ثم جاء الغد وتمكن من ضربه فلم يضربه ثم باعه قبل غروب الشمس لا يعتق أيضاً؛ لأن الصفة قد وجدت وهي حالة الغروب وليس العبد في ملكه فلم يعتق. ولو باع العبد قبل أن يضربه ثم ابتاعه قبل غروب الشمس من الغد وتمكن من ضربه هل تعود اليمين حتى إذا لم يضربه عتق أم لا يعود؟ فيه قولان. واختلف أصحابنا على أي أصل يبنى ذلك، فمنهم من قال: هو بمنزلة البينونة [١/ب] بعد الثلاث، وقد تقدم هذا في «كتاب الخلع». وقال القفال: العود بملكٍ جديد في هذا الرق يشبه العود بنكاح جديدٍ قبل زوج آخر، وإن أعتقه وهو كافر فٱسترق فملكه من الرق الجديد، فهو كالعود في النكاح بعد زوج آخر في الجديد لا يعود الحنث، وفي القديم قولان.

فرع

لو قال: والله لأضربنك غداً، فإن ضربه في الغد برَّ، وإن لم يضربه حنث عند غروب الشمس، وإن باعه قبل الغروب وفاته الضرب حنث أيضاً وتلزمه الكفارة. والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن اليمين هناك معلقة بالعتق وذلك تعلق بعين العبد ولا يمكن ذلك؛ لأن العبد غير مملوك له فحنث ولزمته الكفارة عند تمكنه من الضرب وتفويته إياه على نفسه.

فرع آخر

لو قال: إن لم أضربك غداً فأنت حر، فباعه قبل مجيء الغد ثم اشتراه بعد انقضاء غده، قال ابن أبي هريرة: يعتق عليه وينتقض البيع ويرجع بثمنه لاستحقاق عتقه قبل بيعه وهذا غلط؛ لأن نفوذ البيع أوجب زوال ملكه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

فرع آخر

لو رهنه قبل غده وافتكه بعد غده ففي عتقه عليه ثلاثة أقوال بناء على إعتاق المرهون.

مسألة: قَالَ[(١)]: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ بِعْتُكَ فَبَاعَهُ بَيْعاً لَيْسَ بِبَيْعِ خَيَارٍ فَهُوَ حُرٌّ».

الفصل

إذا قال لعبده: إن بعتك فأنت حر فقد علق عتقه على بيعه، فإن باعه مطلقاً عتق عليه؛ لأن صفة العتق مصادفة عقيب البيع والخيار ثابت له في تلك الحالة وهو خيار المجلس. ولو باشره بالعتق عتق فكذلك إذا وجدت الصفة عتق خلافاً لمالك وأبي حنيفة؛ لأن عندهما لا يثبت خيار المجلس. ولو باعه بشرط خيار الثلاث عتق بالإجماع عندنا لثبوت الخيارين؛ خيار المجلس وخيار الشريك، وعندهما لثبوت خيار الثلاث. وقد ذكرنا أنه لو باعه على أن لا خيار له فيه، ظاهر كلام الشافعي هنا مقتضى صحة البيع وأن لا يعتق عليه؛ لأنه قال: «فباعه [٢/أ] بيعاً ليس ببيع خيار» لم يعتق.

وقيل: قوله: «ليس ببيع خيار»، لم يرد به هذا، بل أراد ليس ببيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام، وقصد به الرد على مالك وأبي حنيفة حيث شرطا في نفوذ العتق هنا شرط خيار الثلاث وهذا هو الصحيح، وهو الذي نص عليه في البويطي، وذكره أبو إسحاق، واختاره القاضي أبو حامد. وقال القاضي أبو حامد: هذا يسقط تأويل من قال من أصحابنا: إن معناه ليس ببيع شرط فيه إبطال خيار المجلس عند عقد البيع وجعل جواز اشتراط إبطال خيار المجلس مع العقد قولاً للشافعي بهذا اللفظ، وقد ذكرنا في البيع فيه ثلاثة أوجهٍ، والصحيح بطلان البيع والشرط، وهو ظاهر قوله في «كتاب البيوع»؛ لأنه شرط ما ينافي مقتضى العقد ولا يتعلق به مصلحة العقد. وعلى هذا لا يعتق العبد أيضاً؛ لأن الصفة لم توجد، وإذا قلنا يصح العقد دون الشرط يعتق؛ لأن الصفة توجد.

مسألة[(٢)]: قَالَ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ زَوَّجْتُكَ أَوْ بِعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَزَوَّجَهُ أَوْ بَاعَهُ بَيْعَاً فَاسِداً لَمْ يَحْنَثْ».

هذا على ما ذكر صحيح؛ لأن ظاهر اللفظ ينصرف إلى الصحيح دون الفاسد، ووافقنا المزني في عقد بصور مرة صحيحاً ومرة فاسداً مثل هذا العقد. فأما إذا قال: إن بعت خمراً أو خنزيراً فأنت حر لا يحنث عند الشافعي بحالٍ؛ لأن البيع الصحيح لا يتصور فيها بحالٍ، وقال المزني: يحنث.

وكذلك لو قال: لا أبيع الخمر فباعها لا يحنث عندنا خلافاً للمزني. واحتج بأنه لا يبيع الخمر إلا فاسداً، فكأنه لم يرد إلا وجود لفظ لا يجافي القبول وقد وجد ذلك، وهذا غلط لما ذكرنا.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

وكذلك لو قال: لا أبيع بيعاً فاسداً لم يحنث وقلنا: لا يمكنك أن تبيع بيعاً فاسداً فتحنث به. وقال أبو حنيفة: إذا قال لا أبيع بيعاً فاسداً وأقبض حنث عند الإقباض؛ لأن الملك به يقع.

وفي التزويج سلم أنه لا يحنث بالفاسد إذا حلف بعقد من المستقبل، فإن حلف أنه لا يزوج وكان قد زوج تزويجاً فاسداً قال: يحنث [٣/ب] وكذلك لو تزوج فاسداً ثم قال: والله ما تزوجت حنث عنده، فيقيس الماضي على المستقبل. وقال مالك: يحنث بالبيعِ الفاسدِ والنكاحِ الفاسدِ بكلِّ حالٍ.

فرع

لو قال: والله ما صليت وكان قد صلى صلاةً فاسدةً لا يحنث. وقال محمد: يحنث وهذا غلط؛ لأن الفاسد لا يتناوله النهي في المستقبل كذلك في الماضي.

فرع آخر

لو قال: والله ما وهبت لفلان فوهب فلم يقبل، قد ذكرنا أنه لا يحنث في أصح الوجهين. وقال أبو حنيفة وبه قال ابن سريج: يحنث؛ لأن البذل أول العقد وهذا يبطل بالبيع؛ لأنه لا يعتق بالبذل حتى يعقبه القبول؛ لأن مجرد البذل لا يكون عقد فيهما. وكذلك لو علقه بالرهن والإجارة. وكذلك لو قال لا أُعيره فأعاره فلم يقبل لا يحنث خلافاً لأبي حنيفة، وعلل بأنه لا عوض في العارية، والمقصود ما يوجد من المعير فيحنث به، وهذا لا يصح لما ذكرنا.

مسألة(١): قَالَ: «وَإِذَا حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الرُّؤُوسَ».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل الرؤوس لا يحنث إلا بأكل رؤوس النعم خاصة الإبلِ والبقرِ والغنم، فأما غيرها فلا يحنث بأكله. وقال أبو حنيفة: يحنث بأكل رؤوس الغنم والبقر دون الإبل. وقال أبو يوسف: يحنث بأكل رؤوس الغنم فقط، وقال: يحنث بأكل رؤوس الطيور والحيتان. ودليلنا أن اسم الرؤوس وإن كان يقع على كل رأس حقيقة إلا أن الذي يتعارف الناس أكله هو هذه الثلاثة، فإنها هي التي تتميز عن الأبدان وتقصد للأكل فحنث بأكلها دون غيرها، وهو معنى قول الشافعي: «لأن الأيمان مخصوصة بالعرف». وقيل: إنما اختلفت أجوبة العلماء هنا لاختلاف العادات في بلدانهم، ففي الحجاز تفرد رؤوس الغنم كلها فتسوى وتباع صحيحة مشوية. وفي الكوفة جرت العادة بذلك في البقر والغنم خاصة. وبغداد جرت العادة بذلك برؤوس الغنم خاصة، وكذلك [٣/أ] بخراسان.

وأما إذا أكل رؤوس الصيد كالأرانب والغزلان والثعالب ونحو ذلك، قال: إلا أن يكون ببلد يكثر فيها الصيد كما تكثر فيها لحوم الأنعام في السوق وتميز رؤوسها فيحنث في رؤوسها. وإن كان ببلد يقل فيها الصيد ولا يكثر، قال أصحابنا: فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

أحدهما: لا يحنث؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناوله.

والثاني: يحنث؛ لأن ما يثبت له العرف في بلدٍ يثبت في سائر البلاد كخبز الأرز ولحم الفرس. قال أبو إسحاق: وعلى هذا إذا كان قوم في موضعٍ من السواحل يأكلون السمك وتباع رؤوسها مفردة عندهم كما تباع رؤوس الغنم عندنا يحنث بأكل تلك الرؤوس أيضاً.

ومن هذا أفتى بعض علماء طبرستان أنه يحنث فيها بأكل رأس الحوت وعندي هذا التخريج خطأ؛ لأنه لا يشوى في طبرستان رأس الحوت كما يشوى رأس البقر والغنم خاصة. وإذا قال بالفارسية: سربريان نخورم، فإنه لا يحتمل ذلك رأس الحوت.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا كان في بلدةٍ يكثر فيها الصيد أو السمك، ويقطع رأسه عن جسده ويفرد بيعه في سوقه يحنث بأكله. ولكن هل يجوز عرف هذا البلد مقصوراً على أهله أم عاماً فيهم وفي الطارئين إليها؟ فيه وجهان:

أحدهما: خاص في أهلها دون الطارئين إليها تغليباً لعرف الحالف، فإن دخل أهل الريف إلى بلاد الفلوات والبحار لم يحنثوا إلا برؤوس النعم، وإن دخل أهل الفلوات إلى أمصار الريف لم يحنثوا إلا برؤوس الصيد، وإن دخل أهل البحار إلى أمصار الريف لم يحنثوا إلا برؤوس الصيد، وإن دخل أهل البحار إلى أمصار الريف لم يحنثوا إلا برؤوس الحيتان.

الثاني: أنه عام في أهلها وفي الطارئين إليها تغليباً لعرف المكان، فإن دخل أهل الريف إلى بلاد الفلوات حنثوا برؤوس الصيد، وإن دخلوا إلى بلاد البحار حنثوا برؤوس الحيتان، وإن دخل أهل الفلوات والبحار إلى الريف حنثوا برؤوس النعم.

[٣/ب] وفي بقاء حنثهم بعرف بلادهم وجهان:

أحدهما: باقٍ عليهم لاستقراره عندهم، فعلى هذا يحنث أهل الريف في بلاد الفلوات بأكل رؤوس الصيد وبأكل رؤوس النعم مع رؤوس الصيد، ويحنث أهل البحار فيها بأكل رؤوس الحيتان ورؤوس النعم.

والثاني: لا يزول عنهم عرف بلادهم بالانتقال عنها، فلا يحنث أهل الفلوات والبحار في بلاد الريف إلا برؤوس النعم، ولا يحنث أهل الريف في بلاد الفلوات إلا برؤوس الصيد، وفي بلاد البحر إلا برؤوس الحيتان.

وهذا كله إذا عللنا أن الشافعي حَنَّثَهُ برؤوس النعم لاختصاصها بقطع رؤوسها عن أجسادها وإفرادها ببيعها في أسواقها. ومن أصحابنا من علل بعلة أخرى، وهي أن عرف كلامهم متوجه إليها وإفراد أكلها مختص بها، فإنه لا يعرف ممن قال أكل الرؤوس إلا رؤوس النعم وغيرها يعرف بقرنيه، ولا يفرد بالأكل إلا رؤوس النعم وغيرها تؤكل مع أجسادها.

قال صاحب «الحاوي»[2]: في التعليلين امتزاج من وجه وتمييز من وجه، فعلى هذا هل

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤١٦).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤١٣).

يكون عرف البلد خاصاً فيه أو عاماً في جميع البلاد فيه؟ ظاهر المذهب أنه يصير عاماً في جميع البلاد كلها فيحنث جميعهم برؤوس النعم الثلاثة. وإن عرفنا أن لبعض البلاد عرفاً في رؤوس الصيد والحيتان حنث جميع الناس، وإن لم نعلمه لم يحنثوا. والشافعي إنما خص الحنث برؤوس النعم الثلاثة لأنه لم يعرف عرف بلد في غيرها، ولو علم لحنث بها جميع الناس كما حنثهم برؤوس النعم، ولهذا حنث القروي الذي لا يسكن بيت شعرٍ في حلفه لا يسكن بيتاً بسكونه؛ لأن عرف البادية جارٍ به. وقال ابن سريج: عرف كل بلدٍ مخصوص في أهله ومقصور عليهم دون غيرهم، فعلى هذا يحنث أهل الحجاز برؤوس النعم الثلاثة [٤/أ] كما قال الشافعي اعتباراً بعرفهم، ويحنث أهل الكوفة برؤوس البقر والغنم دون الإبل كما قال أبو حنيفة اعتباراً بعرفهم، ويحنث أهل بغداد برؤوس الغنم وحدها كما قال أبو يوسف ومحمد. وعلى هذا لا يحنث القروي بسكنى بيت الشعر. قال: فإن انتقل عن بلدةٍ لهم فيها عرف إلى بلدةٍ يخالفونهم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يحنثون بعرف بلدهم الذي انتقلوا عنه. **والثاني**: يحنثون بعرف البلد الذي انتقلوا إليه. **والثالث**: يحنثون بعرف البلدين معاً.

مسألة(١): قَالَ: «وَكَذَلِكَ البَيْضُ».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل بيضاً إنما يحنث بأكل البيض الذي يزايل بائضَهُ حَيّاً ويؤكل منفرداً عنه، وهو بيض الدجاج والطيور والبط والنعام والعصافير ونحو ذلك، ولا يحنث بأكل بيض الحيتان والجراد لأنهما لا يزايل ببائضه إلا أن ينوي ذلك. فإن قيل: أكل بيض النعامة نادر فوجب أن لا يحنث بأكله؟ قيل: العرف في بيض النعامة والدجاجة واحد في إطلاق الاسم، وإنما يؤكل نادراً لقلته وكثير ثمنه، ومنزلة ذلك منزلة رجل فقير حلف لا يلبس ثوباً وهو ممن يلبس الصوف أو القطن، فلبس خزاً أو وشياً أو غير ذلك من الثياب الفاخرة التي لا يلبسها مثله يحنث؛ لأن الاسم في الجميع واحدٌ، وإنما يختلف الاستعمال للتواضع أو كثرة الثمن ونحو ذلك.

وقال في «الحاوي»(٢): في بيض النعامة يحنث به أهل البادية، وهل يحنث أهل الأمصار؟ فيه وجهان:

أحدها: يحنثون إذا قلنا أهل القرى يحنثون بسكنىٰ بيت الشعر.

والثاني: لا يحنثون به إذا قلنا إن أهل القرى لا يحنثون بسكنىٰ بيت الشعر ويحنث بأكل المعتاد أهل النادر والمعتاد بلا إشكال.

وقال أبو إسحاق: يحتمل أن لا يحنث ببيض العصافير والحمام ونحو ذلك؛ لأنه علم عنهم [٤/ب] ترك أكله، فخرج بالعرف من اليمين، والصحيح المنصوص ما تقدم.

فرع

لو ذبح دجاجة في جوفها بيض وصل إليه بذبحها فهل يحنث بأكلها؟

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤١٥).

وجهان أحدهما: لا يحنث؛ لأنه لم يزايل بائضه حياً فصار كبيض السمك.

والثاني: يحنث؛ لأنه من جنس ما وصل إليه مع حياة بائضه.

وقيل: إذا أكل الذي في جوفها من غير قشر لا يحنث وجهاً واحداً. وقيل: لا يحنث إلا بأكل بيض الدجاج فقط للعرف، وهذا غلط.

مسألة(١): قَالَ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُل لَحْماً».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل لحماً حنث بأكل لحم الإبل، والبقر، والغنم، والوحش، والطيور؛ لأن كلها لحم، ولا يحنث بأكل لحم السمك؛ لأنه ليس بالأغلب وإن كان الله تعالى أطلق عليه اسم اللحم. ويقال: أكلت السمك والحوت ولا يقال أكلت لحم السمك، وهذا إذا لم يكن له نية، فإن نوى ذلك حنث. وقال مالك وأبو يوسف: يحنث بذلك بكل حال؛ لأن الله تعالى سماه لحماً، فقال: ﴿لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤] قلنا: لو حلف لا يقعد تحت سقف بيتٍ لا يحنث إذا قعد تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفاً؛ لأنه مجاز كذلك ههنا.

فرع

لو أكله ناسياً حنث خلافاً لمالك، وهذا لأنه يقال: أكل اللحم على الإطلاق.

فرع آخر

لو أكل لحم الخنزير وسائر ما لا يحل له من اللحوم، قال ابن سريج: **فيه وجهان**:

أحدهما: لا يحنث؛ لأن ما لا يحل أكله في الشرع لا تتناوله يمينه المطلقة، كما لو قال: لا أبيع لم يحنث بالبيع الفاسد.

والثاني: يحنث، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن اسم اللحم يقع عليه حقيقة كما يقع على المأكول، ويخالف البيع لأن الاسم لا ينصرف إلى الفاسد عند الإطلاق، ولذا لو باع غيره لم يحنث. لو أكل لحم شاة غيره يحنث بلا خلاف، وهذا اختيار القفال، والأول أصح عندي للعرف والعادة.

فرع آخر

لو قال [٥/أ] لها: والله لا وطئتك فوطئها في حال الحيض حنث في يمينه. وقال المزني في «المنثور»: لو حلف لَيطأنَّ امرأته الساعة فحاضت المرأة من ساعتها، نص الشافعي أنه إن وطئها حائضاً لا يبر؛ ـ لأن الشافعي يقول: لو حلف لا يشتري اليوم فاشترى فاسداً لا يحنث؛ لأن الفاسد لا معنى له، فحصل وجهان، ذكره القاضي الطبري. وقيل: المنصوص أنه يحنث وإن كان الوطء حراماً في الشرع وخالفه المزني.

مسألة(٢): قَالَ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ سَوِيقاً فَأَكَلَهُ، أَوْ لَا يَأْكُلُ خُبْزاً فَمَاثَهُ ثُمَّ شَرِبَهُ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يشرب سويقاً فإن شربه خلطه بالماء وتحساه حنث به، وإن استفه يابساً لم يحنث؛ لأنه ليس بشربٍ. وإن حلف لا يأكل خبزاً فأكله بأن مضغه وابتلعه حنث، وإن جعله فيتاً وبله بالماء وتحساه لا يحنث؛ لأنه شرب وليس بأكل، والتعليل في ذلك أن الأفعال أجناس مختلفة كما أن الأعيان أجناس مختلفة، ثم علق يمينه على يمين من الأعيان لم تتعلق اليمين بغيرها، فكذلك إذا علقه على فعلٍ لا يتعلق بغيره. وقول الشافعي رضي الله عنه: «فماثه» في الماء، أي مَيَّثَه، يقال: ماثه ومَيَّثَه.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب سويقاً فذاقه بلسانه لا يحنث؛ لأن الذوق ليس بأكل ولا شرب وإن دخل بطنه.

فرع آخر

لو حلف لا يذوق فأكل وشرب حنث؛ لأن الأكل والشرب يتضمنان الذوق. وقال بعض أصحابنا: يحتمل أنه إذا شرب لا يحنث؛ لأن الشرب غير الذوق.

وقال القفال: فيهما وجهان، وعند أبي حنيفة لا يحنث.

فرع آخر

لو حلف لا يذوق شيئاً فأخذه بفيه فمضغه ثم لفظه ولم يصل إلى جوفه هل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحنث، كما لا يفطر به الصائم، ولا يقال: ذاق الشيء حتى يصل إلى حلقه [٥/ب].

والثاني: يحنث، وهو الأصح؛ لأن اسم الذوق يقع عليه وإن لم يصل إلى جوفه، فإنه عبارة عن معرفة طعم الشيء بلهواته وقد وجد ذلك، وهو قول عامة أصحابنا.

فرع آخر

لو قال لا أطعم شيئاً حنث بالأكل والشرب، وكذلك إذا قال بالفارسية؛ لأن الطعم اسم جامع لهما.

فرع آخر

لو حلف لا يتطعم هذا العام، فالتطعم معرفة طعمه بلسانه، فلا يعتبر فيه وصول شيء إلى جوفه، فمتى عرف طعمه حنث، ولو قال لا أطعم الطعام لم يحنث بتطعمه للفرق بين الطعم والتطعم، فإن الطعم أن يصير طعاماً له، والتطعم أن يعرف طعمه.

فرع آخر

لو أوجر الطعام بقمع في حلقه ولم يدر في لهوات فمه حتى وصل إلى جوفه، فإن كانت يمينه على الأكل والشرب والذوق والتطعم لا يحنث لعدم شرطها، وإن كانت على أن لا أطعم حنث؛ لأنه قد وصل إلى جوفه ما صار طعاماً له.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو حلف لا يأكل السكر فمضغه حنث. ولو أمسكه في فيه فذاب ودخل جوفه لا يحنث؛ لأنه يشترط في الأكل المضغ حتى يحنث، وعندي أنه يحنث به؛ لأنه يقال: أكل السكر وإن ذاب في حلقه.

فرع آخر

لو قال: لا ابتلعت هذا التفاح أو شيئاً آخر فمضغه ثم ابتلعه لم يحنث. ولو قال: لا أكلته فابتلعه لم يحنث ما لم يزدرده.

فرع آخر

لو قال: لا وطئتك فأتاها في دبرها حنث؛ لأنه يسمى وطئاً، ذكره بعض أصحابنا. وذكر في «الحاوي» أنه لا يحنث؛ لأن جنسه لا يباح.

فرع آخر

لو قال: لا تناولت دواء فتناول السكر بغير علة لم يحنث، وإن تداوى به حنث، كما لو قال: لا تداويت فاحتجم لعلةٍ حنث، وإن كان لغير علة لم يحنث.

[٦/أ] **مسألة**[١]: قَالَ: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ سَمْناً فَأَكَلَهُ بِالخُبْزِ أَوْ بِالعَصِيدَةِ».

الفصل

السمن على ضربين؛ جامد ومائع. فأما الجامد فأكله أن يمضغه، فإذا قال: لا آكل سمناً فأكله هكذا حنث، وإن أكله بالخبز قال الشافعي رضي الله عنه وعامة أصحابنا: يحنث؛ لأنه أكله مع الخبز، يقال: أكل الخبز وأكل السمن، فقد وجد المحلوف عليه وزيادة فيحنث به. وقال أبو يوسف: لا يحنث به؛ لأنه لم يأكله وحده، بل أكله مع غيره فصار كما لو قال: لا آكل من طعام اشتراه زيد فاشتراه زيد وعمرو فأكل منه لم يحنث، وبه قال الإصطخري من أصحابنا وهذا غلط؛ لأن هناك ما أكل ما اشتراه المحلوف عليه خاصة، وهاهنا أكل المحلوف عليه حقيقة فوزانه أنه إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فاشترى زيد طعاماً واشترى عمرو طعاماً فخلطهما وأكلهما حنث، وإن أذابه أو كان مائعاً فشربه لم يحنث؛ لأنه ليس بأكل، وإن أكله بالخبز حنث خلافاً للإصطخري فإنه قال: لا يحنث إذا أكله مع غيره.

وقال في «الحاوي»[٢]: إذا أكله مع غيره من خبز أو سويق فيه ثلاثة أوجه؛ **أحدها**: ما ذكرنا أولاً وهو المذهب، سواء كان جامداً أو ذائباً.

والثاني: ما قاله الأصطخري.

والثالث: ما قاله أبو إسحاق: إن كان جامداً لم يحنث بأكله مع غيره؛ لأنه يقدر على أكل الجامد منفرداً، ولا يقدر على أكل الذائب إلا مع غيره. وكذلك لو حلف لا يأكل عسلاً أو دبساً؛ لأنهما يجمدان تارةً ويذوبان أخرى. وكذلك لو حلف لا يأكل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤١٩).

لبناً فأكله بغيره أو طبخه مع غيره.

فرع

لو أكله بعصيدة، قال الشافعي رضي الله عنه: يحنث. قال بعض أصحابنا: أراد به أن يعصده في خبز ويأكله، فأما إذا طبخ عصيدة فأكلها لا يحنث؛ لأنه لا يقال له: أكل سمناً [٦/ب] وإنما له أكل عصيدة أو خبيصاً أو غير ذلك. ومن أصحابنا من قال: أراد به العصيدة المعروفة وهي الفالوذج وغير ذلك مما يجعل السمن فيه، ينظر فيه فإن كان مستهلكاً لم يحنث، وإن كان غير مستهلك حتى لو انجمد تبين السمن فيه ونرى ذلك يحنث؛ لأنه قد أكل سمناً مع عصيدة فكأنه أكله مع الخبز وهذا هو الصحيح، وهو كما قلنا في المحرم إذا أكل خبيصاً فيه زعفران ظاهرٌ يلزمه الفدية.

وأما إذا قال لا آكل خلاً فأكل مرقاً فيه خل فهي على الاختلاف الذي ذكرنا بين أصحابنا، وقد نص عليه في «الأم» فقال: «ولو قال لا آكل خلاً فأكل مرقاً فيه خل لا يحنث»؛ لأن الخل مستهلَك فيه بحيث لا أثر له، فأما إذا كان لونه وطعمه قائمين فهو غير مستهلك فيجب أن يحنث. وقيل: قول الشافعي: «إلا أن يكون جامداً» أراد به أنه إذا لم يأكله منفرداً أو أكله في العصيدة لا يحنث، وهذا التفسير غير صحيح، وإنما ذكر هذا الاستثناء إلى ذكر العرف والعادة، حيث قال: لأن السمن لا يكون مأكولاً إلا بغيره، إلا أن يكون جامداً فيقدر على أن يأكله جامداً منفرداً فيأكله في عادة نادرة جامداً منفرداً، هذا معنى الاستثناء لا ما قال القائل.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب لبناً فخلطه بمائع، فإن كان اللبن أغلب لظهور طعمه ولونه حنث بشربه وإلا فلا يحنث.

مسألة[1]: قَالَ: «فَإِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ التَّمْرَةَ فَوَقَعَتْ فِي تَمْرٍ».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل هذه التمرة بعينها فوقعت في تمر كثير فأكل، يُنظر فإن تيقن أنه أكل التمرة المحلوف عليها حنث بيقين، وإن [٧/أ] تيقن أن التي بقيت هي المحلوف عليها لا يحنث بيقين، فإن شك فلا يدري هي الباقية أم قد أكلها؟ قال الشافعي رضي الله عنه: «لا يحنث»؛ لأن الأصل عدم الحنث حتى يتحقق ذلك، ولكن الورع أن يحنث نفسه لجواز أن يكون قد حنث. وقال في «الأم»: «والورع أن لا يأكل منه شيئاً إلا حنَّث نفسه». قال أصحابنا: وإذا حنَّث نفسه خرَّج كفارة يمين، كما لو تيقن الحنث، وكذلك لو هلك تمرة واحدة منها ولا يدري أنها المحلوف عليها أو لا.

قال بعض مشايخنا بخراسان: وفي ضد هذا لو حلف أن لا يأكلها ثم وقعت في تمر، ثم استبقى واحدة أو ضاعت لم يبر؛ لأن الأصل عدم البر، واليقين لا يترك بالشك.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٣٦).

فرع

لو حلف لا يأكل هذه التمرة فأكلها إلا نواها وقمعها حنث؛ لأنه أكل مأكولها أو ألقى غير مأكولها. ولو أكلها إلا يسيراً منها كنقرة طائر لم يحنث خلافاً لمالك.

مسألة[1]: قَالَ: «وَإِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ الحِنْطَةَ فَطَحَنَهَا».

الفصل

لا فرق بين أن يقول: لا آكل هذه الحنطة، أو يقول: لا آكل من هذه الحنطة، في أنه إذا طحنها دقيقاً أو قلاها فجعلها سويقاً أو خبزها أو عصدها فأكل من ذلك لا يحنث؛ لأنه لم يأكل ما يقع عليه اسم حنطة، إلا أن قوله: من هذه الحنطة يقتضي بعضها، وقوله هذه الحنطة يقتضي جميعها. وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث بكل ذلك. وقال أبو حنيفة: يحنث بالدقيق ولا يحنث بالخبز. وحكي عن أبي حنيفة مثل قولنا. واحتجوا بأن الحنطة تؤكل هكذا، فأشبه إذا قال: لا أكلت هذا اللحم فشواه وأكله حنث، وهذا لا يصح لما ذكرنا، فصار كما لو زرعها وأكل من حشيشها أو قال: لا أكلت هذا البيض فصار فرخاً فأكله لم يحنث، ويفارق ما قاس عليه؛ لأن اسم اللحم وصورته لم يزولا بخلاف مسألتنا.

فرع

إذا حلف لا يأكل من [٧/ب] هذا الدقيق فخبزه وأكله لم يحنث، ولو استلف منه حشاً لا يحنث؛ لأن العرف أنه لا يؤكل منه إلا مخبوزاً، وهذا لا يصح؛ لأن في الحنطة لا يعتبر بقاء الاسم دون العرف بالاتفاق كذلك هاهنا، ولأنه يؤكل غير مخبوز من وجوه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: من وجه لنا.

فرع آخر

لو قال: لا أكلمه شاباً فكلمه شيخاً، أو قال: لا أكلت جدياً فأكله تيساً، أو قال: لا آكل تمراً فأكل رطباً لا يحنث قولاً واحداً؛ لأن اليمين هاهنا تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة. ولو قال: والله لا أكلم هذا الصبي فصار شاباً، أو لا أكلم هذا الشاب فصار شيخاً، أو لا أكلت من لحم هذا الجدي فصار تيساً، أو لا أكلت من هذه البسرة فصارت رطبة، أو هذه الرطبة فصارت تمرة هل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحنث لزوال الاسم.

والثاني: يحنث؛ لأن صورتها لم تزل بل تغيرت الصفة.

وقال أبو حنيفة: في الحيوان يحنث، وفي الباقي لا يحنث؛ لأن قصده بأن لا يكلم الشاب لاستخفاف به وذلك لا يزول بكبره، وكذلك قصده باليمين أن لا يأكل لحم الجدي وذلك المعنى لم يزل وهذا صحيح؛ لأن المعتبر في اليمين الاسم دون القصد، ولهذا لو حلف لا يأكل هذا اللحم فأكله نيئاً يحنث وإن كان القصد به الانتفاع من أكله مطبوخاً.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قال لا آكل هذه الحنطة فجعلها دقيقاً فأكلها هل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحنث بكل ما يتخذ منها، ومعناه لا آكل شيئاً يتخذ من هذه الحنطة.

والثاني: لا يحنث، ومن للتبعيض، أي لا آكل قليلها وكثيرها.

قال: وقيل: نص الشافعي رضي الله عنه على أنه إذا قال: لا آكل هذه الحنطة فاتخذها دقيقاً فأكل منه لا يحنث، ونص أنه لو قال: لا آكل هذا السخل فصار كبشاً، أو لا أكلم هذا الصبي فصار شيخاً فكلمه، أو أكل التيس حنث [٨/أ] فمن الأصحاب من قال: في الكل قولان، ومنهم من فرق بأن في مسألة الحنطة والتمر ذكر الاسم وقد تبدل الاسم، والصبى صفة فتبدل الصفة لا يوجب سقوط حكم الحنث، وأيضاً الحنطة تصير خبزاً، والتمر يصير عصيدة بفعل وعلاج، والسخلة تصير كبشاً بفعل الله تعالى عند مضي الزمان، وهذا إذا عَرَّف فأما إذا نَكَّر فقال: صبياً فكلم شيخاً حنث على ما ذكرنا، وهذا كله تخليط والاعتماد على ما ذكرنا أولاً.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب هذا العصير فشربه خمراً، أو قال: لا أشرب هذا الخمر فصارت خلاً لا يحنث وجهاً واحداً؛ لأنه اقترنَ بزوال الاسم زوالُ الحكم.

فرع آخر

لو حلف لا يلبس هذا الغزل فنسجه ثوباً حنث بلبسه وجهاً واحداً؛ لأن الغزل لما كان لا يلبس إلا منسوجاً صار مضمراً في اليمين والمضمر في الأيمان كالمظهر، كما لو قال: لا آكل هذا الحيوان حنث بأكله مذبوحاً وإن لم يكن حيواناً عند أكله؛ لأنها صفة مضمرة فجرى عليها حكم المظهر.

فرع آخر

لو حلف لا يشم البنفسج أو الورد فشم دهن البنفسج أو الورد لا يحنث. وقال أبو حنيفة: يحنث بدهن البنفسج دون دهن الورد لعرف أهل الكوفة؛ لأنهم يسمون دهن البنفسج بنفسجاً ولا يسمون دهن الورد ورداً.

وقال أحمد: يحنث بدهن البنفسج والورد أيضاً؛ لأن المقصود الرائحة. قلنا: هذه تسمية مجازاً والحقيقة أولى، ولأن البنفسج اسم لجسم ذي رائحة فلا يجوز أن يتعلق حكمه بالرائحة وحدها ولهذا لو شم بنفسجاً بعد انتقال رائحته إلى الدهن حنث عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو يبسا كان في الحنث بهما بعد يبسهما وجهان، **أحدهما**: لا يحنث، كمن حلف لا يأكل رطباً فأكل تمراً.

والثاني: يحنث لبقاء اسمه وصفته، ويخالف التمرة لأنه زال عنه اسم الرطب وبقي اسم الورد والبنفسج على ما يبس منه. [٨/ب]

والتعليل في هذين الوجهين كأن حلف من لا يأكل الرطب فأكله تمراً على وجهين.

فرع آخر

لو مرَّ بهما في السوق فشم رائحتها، فإن حمل النسيم الرائحة حتى شمها لم يحنث، وإن اجتذب الرائحة بخياشيمه حتى شمها حنث؛ لأن شمها بهبوب النسيم ليس من فعله، وشمها باجتذاب خياشيمه من فعله، ويخالف المحرم يشم الطيب من حانوت العطار؛ لأن المحرم عليه استعمال الطيب دون الرائحة.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْماً فَأَكَلَ شَحْماً».

الفصل

الأصل في هذا أن كل ما انفرد عن غيره باسمه، ففي حكم الحنث ينفرد، فإذا قال: لا آكل لحماً فأكل اللحم الأحمر أو اللحم السمين الذي على الظهر أو الحشو حنث؛ لأنه لحم سمين، ولو أكل من شحم البطن لم يحنث. وحكي عن مالك أنه قال: يحنث وهذا خطأ؛ لأنه لا يسمى لحماً عرفاً وعادة، فهو كما لو حلف لا يأكل الشحم لم يحنث بأكل اللحم بالإجماع.

فرع

لو حلف لا يأكل لحماً فأكل القلب أو الكبد أو الطحال لا يحنث. وقال أبو حنيفة: يحنث بأكلها. ودليلنا أن له اسماً آخر منفرداً، كما لو أكل الريَّة والكرش لا يحنث بالإجماع.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا نص فيه، وينبغي أن يحنث بالقلب لأنه لحم. وقيل: فيه وجهان، وفي الكبد والطحال لا خلاف.

فرع آخر

لو أكل من قانصة الدجاج فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الكبد والطحال.

فرع آخر

لو أكل لحم اللسان أو لحم الخدين من الرأس يحنث لأنه لحم. وكذلك لو أكل الأكارع؛ لأنها لحم وهي اسم عضو. وقال في «الحاوي»[2] فيه وجهان؛ **أحدهما**: هذا.

والثاني: لا يحنث؛ لأن اسمه مضاف، يقال: لحم اللسان، ولحم الرأس، ولا يقال له لحم على الإطلاق.

فرع آخر

لو أكل شحم العينين لا يحنث لأنه لا يسمى لحماً.

فرع آخر

لو أكل الألية فيه وجهان:

[٩/أ] أحدهما: يحنث؛ لأنها لا تسمى شحماً فكانت لحماً.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٣٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/٤٢٦).

والثاني: وهو الأصح أنه لا يحنث؛ لأنها لا تسمى لحماً كما لا تسمى شحماً.

وقال في «الحاوي»[(١)]: فيها ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه من الشحم فيحنث بها في الشحم دون اللحم.

والثاني: أنها من اللحم لاتصالها بالعظم، وهو قول البغداديين.

والثالث: وهو قول البصريين أنها ليست من اللحم ولا من الشحم؛ لأنها تتميز عن اللحم والشحم.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل شحماً فأكل اللحم أو البياض الذي على اللحم لا يحنث. وقال أبو حامد: لا يحنث بالألية بلا خلافٍ. وقد ذكرنا وجهاً آخر يحنث لأنه يسمى شحماً، قال الله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] فاستثناه من الشحم، ودليلنا أنه لا يسمى شحماً ولهذا لا يفرد عن اللحم ولا يسمى بائعه شحاماً، فلم يحنث به وإنما يحنث بالشحم الذي ينفرد عن اللحم وهو شحم الكُلية والكرش. وحكي عن القفال أنه قال مرة: يحنث بشحم الظهر، وقال مرة: لا يحنث فيحتمل وجهين، والصحيح عندي ما تقدم.

فرع آخر

لو أكل شحم العينين فيه وجهان؛ **أحدهما**: يحنث لأنه ينطلق عليه اسم الشحم. **والثاني**: لا يحنث؛ لأنه لا ينطلق إلا بقرينة، فيقال: شحم العينين ولا يقال له شحم على الإطلاق، وأما الدماغ فليس بشحم ولا لحم فلا يحنث باليمين بأحدهما بلا خلاف.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً لم يحنث، وكذلك إذا قال: لا آكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث، ولو قال: لا آكل رطباً ولا بسراً فأكل طلعاً وملحاً لا يحنث؛ لأن لكل واحدٍ اسماً ينفرد به.

فرع آخر

لو قال: لا آكل رطباً فأكل تمراً، أو تمراً فأكل رطباً لم يحنث، وحكي أن أبا حنيفة قال: إذا حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً حنث؛ لأن الرطب تمر وزيادة، ولو قال: رطباً فأكل تمراً لم يحنث؛ لأن التمر ليس برطبٍ وهذا لا يصح؛ لأن الرطب [٩/ب] لا يسمى تمراً كما لا يسمى التمر رطباً.

فرع آخر

لو قال: لا آكل رطباً فأكل منصفاً، فإن أكل ما ترطب منه حنث، وإن أكل الذي لم يترطب منه لم يحنث، وإن أكل الجميع حنث؛ لأنه أكل ما يسمى رطباً، هكذا ذكره جماعة من أصحابنا. وقال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه لا يسمى رطباً وإنما يسمى منصفاً

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٢٦).

وهذا غلط؛ لأن معنى المنصف أن نصفه رطب ونصفه بسر، فإذا كان هذا معناه ينبغي أن يحنث بأكل ما هو رطب منه، ألا ترى أنه لو أكل بعض رطبة حنث؛ لأنه أكل ما هو رطب، كذلك هاهنا.

وقال في «الحاوي»(١): إذا أكل جميعها فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول الأكثرين يحنث بها في البسر والرطب لما فيه من بسرٍ ورطب.

والثاني: وهو اختيار الاصطخري وابن أبي هريرة لا يحنث بها في البسر ولا في الرطب لخروجها في الإطلاق من اسم البسر والرطب.

والثالث: قاله أبو الفياض البصري، إن كان أكثرها بسراً حنث في البسر دون الرطب، وإن كان أكثرها رطباً حنث بها في الرطب دون البسر اعتباراً بالأغلب.

فرع آخر

لو قال: لا آكل رطبة فأكل منصفة لم يحنث؛ لأنها ليست برطبة. ولو قال: لا آكل تمرة فأكل منصفة لم يحنث أيضاً لهذا المعنى.

فرع آخر

لو قال: لا آكل هذه الرطبة فصارت تمراً، قال صاحب «الإفصاح»: وهل يحنث بأكلها؟ فيه وجهان، والصحيح أنه لا يحنث، كالحنطة إذا طبخها ثم أكلها يحنث؛ لأن تغيره بغير صنعةِ آدميٍ وليس بشيء.

فرع آخر

لو حلف: لا آكل خوخاً فأكله يابساً، أو لا يأكل مشمشاً فأكله يابساً ففي حنثه وجهان:

أحدهما: لا يحنث لزوال الصفة.

والثاني: يحنث لبقاء الاسم بخلاف الرطب الذي يزول عنه الاسم.

فرع آخر(٢)

لو حلف لا يأكل زبداً فأكل لبناً لم يحنث؛ لأن كل واحد منهما غير الآخر، وإن كان يستخرج منه، كما لو حلف لا يأكل دبساً فأكل تمراً، [١٠/أ] وكذلك إن كان سمناً لم يحنث، كما لو حلف لا يأكل تمراً فأكل دبساً. وقيل: إذا أكل لبناً في يمين الزبد فيه وجه آخر أنه يحنث؛ لأن فيه زبداً وليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: لا آكل لبناً فأكل زبداً لا نص فيه، واختلف أصحابنا، قال أبو إسحاق: لا يحنث، لأن أحدهما غير الآخر. وقال ابن أبي هريرة، وصاحب «الإفصاح»: يحنث؛ لأن جميع ما يخرج من اللبن فهو لبن، وبه قال إبراهيم النخعي، وهو اختيار بعض مشايخ خراسان. وقال ابن أبي هريرة: ولا يحنث باللبن في يمين الزبد؛ لأنه ليس

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٢٨).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٢٩).

اللبن من الزبد، وهذا بالعكس أولى؛ لأن اللبن زبداً. وقال بعض أصحابنا: الصحيح أن يقال: إن كان فيه لبن ظاهر حنث، وإن كان مستهلكاً غير ظاهر لم يحنث، كما قلنا فيه إذا حلف لا يأكل سمناً فعصد به.

فرع آخر

لو أكل السمن في يمين اللبن لا يحنث قولاً واحداً؛ لأنه لا لبن في السمن. وقيل: فيه وجهان؛ لأنه يستخرج من اللبن وليس بشيء.

وقال في «الحاوي»[1]: قياس قول ابن أبي هريرة أنه يحنث به لاشتراكهما في الصفة، وهو غلط.

فرع آخر

لو أكل طيباً أو رائباً أو ماستاً أو لبئاً أو شيرازاً. قال القاضي الطبري: يحنث في جميع ذلك. ورأيت بعض أصحابنا توقف في الشيراز وليس فيه توقف عندي فإنه من أنواع اللبن، وعندي يحتمل أن يقال: لا يحنث به ولا باللباء والماست والرائب؛ لأنه لا يقع عليه اسم اللبن عرفاً وعادة ظاهرة.

فرع آخر

لو أكل الجبن أو المصل. قال القاضي الطبري: الذي عندي أنه لا يحنث؛ لأنه قد خرج من اسم اللبن بالصفة، كما لو حلف لا يأكل الدبس فأكل الناطف لم يحنث.

وحكي عن صاحب «الإفصاح» وابن أبي هريرة أنهما قالا: لا يحنث؛ لأنه لبن مجمد كالشيراز والماست.

فرع آخر

لو قال: لا آكل لبناً فأكل ألبان الصيود [١٠/ب] يحنث عند الشافعي رضي الله عنه. وكذلك بكل مباح معهود كان أو غير معهود. وقال ابن سريج: يحنث بالمعهود من ألبان النعم دون ألبان الصيد، كما لو قال في البيض: لا يحنث ببيض العصافير والحمام.

فرع آخر

ألبان الخيل معهودة في بلاد الترك دون بلاد العرب، وألبان الآدميات معهودٌ في الصغار دون الكبار فيتغير به الحكم عند ابن سريج، والمذهب أن الكل سواء.

فرع آخر

في الألبان المحرمة كألبان الأتان وجهان؛ أحدهما: يحنث اعتباراً بالاسم. والثاني: لا يحنث اعتباراً بالشرع.

فرع آخر

إذا حلف على الزبد فلا يكون لألبان الإبل زبد، فإن كان لألبان شيء من الصيود

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٢٩).

فهو نادرٌ غير معتاد، فيحنث به عند الشافعي رضي الله عنه اعتباراً بالاسم، ولا يحنث به على قول ابن سريج اعتباراً بالعرف.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل اللباء وهو أول لبن يحدث بالولادة بعد انقطاعه بالحمل إذا رأيت وقت الولادة، وفي حنثه بما حلب قبلها وجهان مخرجان من الوجهين فيما تقدم على الولادة من يوم النفاس هل يكون نفاساً؟ فيه وجهان؛ فإن قلنا يكون نفاساً لأن هذا لباءً، وإن قلنا لا يكون نفاساً لم يكن هذا اللبن لباءً، وغاية اللباء بعد الولادة ثلاث حلبات، وربما زاد ونقص بحسب اختلاف الحيوان في القوة والضعف، وصفته ما خالف اللبن في لونه وقوامه، فإن لون اللباء يميل إلى الصفرة وهو أثخن من اللبن وهو عند الرعاة معروف.

فرع آخر

لو قال: والله لا آكل فاكهة حنث بأكل ما يسمى فاكهة، ومن جملتها الرطب والعنب والرمان والتفاح والخوخ ونحو ذلك. وقال أبو حنيفة: لا يحنث بأكل الرطب والعنب والرمان وخالفه صاحباه، واحتج [١١/أ] بقوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ۝٦٨﴾ [الرحمٰن: ٦٨]، فأفردهما بالذكر ودليلنا أنه يسمى فاكهة بدليل أنه يسمى بائعه فاكهياً، وموضع بيعه دار الفاكهة فيحنث به. وأما الآية الكريمة قلنا: أفردهما تخصصاً لأنهما أجلُ الفواكه، فهو كقوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]، فأفردهما وإن كانا من جملة الملائكة.

فرع آخر

لو أكل نبقاً أو توتاً يحنث، ذكره في «الحاوي»[١].

فرع آخر

لو أكل رطباً ذكرنا حكمه، وهو قول الجمهور. وقال بعض أصحابنا: هو من الفاكهة في البلاد التي يقل فيها كبغداد، ولا يكون من الفاكهة في جميع الأمصار التي يكثر فيها كالبصرة. وقيل: لا يحنث بالرطب أصلاً في وجهٍ.

فرع آخر

الموز والبطيخ فاكهة؛ لأنه ينضج ويحلو، وهذا اختيار ابن سريج وجماعةٍ. ومن أصحابنا من قال: لا يحنث به.

فرع آخر

الزيتون هل يدخل في اسم الفاكهة؟ وجهان.

فرع آخر

القثاء والخيار لا يكون فاكهةً لا تتغير عن كونها عند فسادها لو أكله يابساً، فإن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٢٣٩).

انتقل من اسمه كالرطب يسمى تمراً بعد يبسه، وكالعنب يسمى زبيباً لا يحنث بأكله، وقد خرج عن الفاكهة، وإن كان لا ينتقل عن اسمه كالتين والخوخ والمشمش ففي حنثه بأكله وجهان؛ **أحدهما**: يحنث به لبقاء اسمه. **والثاني**: لا يحنث به لانتقاله عن صفته.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل أدماً فأكل لحماً أو جبناً حنث. وكذلك كل ما يؤتدم به في العادة سواء كان مما يصطبغ به أو لا يصطبغ، وبه قال محمد، وأحمد. ولو أكل تمراً ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يحنث.

والثاني: لا يحنث؛ لأنه لا يؤتدم به وإنما يؤكل قوتاً وحلاوة. وقال أبو حنيفة: الأدم ما يصطبغ به كالخل والشيرج، فأما ما لا يصطبغ به كاللحم والجبن [١١/ب] والبيض والباذنجان فليس بأدم. واحتج بما روت عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ والبرمة تفور بأدم ولحم، فعطفت الأدم على اللحم فدل على افتراقهما. ودليلنا قوله ﷺ: «سيد إدامِ أهل الدنيا والآخرة اللحم، وسيد الشراب في الدنيا والآخرة الماء، وسيد الرياحين في الدنيا والآخرة الفاغية»[(١)]، قال الأصمعي: الفاغية: نور الحناء. وروي «سيد إدام أهل الدنيا اللحم، وسيد ريحان أهل الجنة الفاغية». وعن صهيب رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «اللحم سيد الإدام في الدنيا والآخرة، والخبز سيد الطعام في الدنيا والآخرة» ونوعان أكرمهما الله تعالى في الدنيا والآخرة فجعلهما شرفاً لأهل الدنيا في دنياهم وزينة لأهل الآخرة في أخراهم الذهب والفضة. وفي رواية عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فضل عائشة على النساء كفضل الخبز واللحم على سائر الإدام». وروت حفصة بنت عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «اللحم إدام». وقد قال أبو حنيفة: يحنث بالملح الطيب. وأما ما ذكروه فلا يصح التمسك به؛ لأنها ذكرته تأكيداً وإن كان داخلاً في اسم الإدام.

وقال في «الحاوي»[(٢)]: الأدم مشتق في استطابة أكل الخبز حتى يستمري، وهو أربعة أقسام:

أحدها: ما يكون إداماً بحيث يأكله منفرداً، وهو ما يؤدم به في الأغلب من اللحم والسمك، والبيض واللبن.

والثاني: ما لا يكون إداماً إذا انفرد ويصير إداماً مع الخبز وهو يستأدم به في خصوص العرف دون عمومه كالعسل والدبس والتمر فلا يحنث به عند الانفراد، ويحنث إن أكله مع الخبز. [١٢/أ] وقد روي أن النبي ﷺ أعطى سائلاً خبزاً وتمراً، فقال: «هذا إدام هذا»[(٣)]. وروي عن يوسف بن عبدالله بن سلام قال: إن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٤١، ٤٤٢).

(٣) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير» (٨/ ٣٧٢).

أخذ كسرة من خبز شعير فوضع عليها تمرة وقال: «هذه إدام هذه»[١] فأكلها.

الثالث: ما لا يكون إداماً ولا يحنث بأكله منفرداً ولا بالخبز، وهو الفواكه كلها؛ لأن اسم الإدام لا ينطلق عليها من عرف عام ولا خاص، والمستأدم بها خارج عن العرب.

والرابع: ما اختلف فيه لاختلاف أحواله، فتارة يؤكل قوتاً وتارة أدماً كالأرز والباقلاء، فله في أكله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأكله مخبوزاً فقد صار بهذه الصفة قوتاً ولا يحنث به.

والثاني: أن يأكله مطبوخاً بخبز، فقد صار بهذه الصفة إداماً يحنث بأكله.

والثالث: أن يأكله مطبوخاً منفرداً بغير خبز ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يحنث بها اعتباراً بصفته في الابتداء.

والثاني: لا يحنث به اعتباراً بأصله من الأقوات.

والثالث: يعتبر عرف بلده، فإن كان في عرفهم إداماً كأهل العراق حنث بأكله، وإن كان في عرفهم قوتاً كأهل طبرستان لم يحنث بأكله.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت قوتاً فالأقوات ما قامت به الأبدان وأمكن الاقتصار عليه وهو معتبر بالعرف، والعرف فيه ضربان؛ عرف شرع وعرف استعمال.

فأما عرف الشرع فهو منطلق على ما وجبت فيه زكاة العين فيحنث بأكله سواء دخل في عرف قوته أو خرج عنه؛ لأن عرف الشرع عام لعموم أحكامه، فيحنث بأكل التمر والزبيب وإن لم يكن من أقواته.

فأما عرف الاختيار كأهل البوادي يقتاتون ألبان الحيوان، أو سكان الجزاير يقتاتون لحوم السمك، وسكان قلل الجبال يقتاتون لحوم الصيد، فيحنث كل قوم منهم بأكل عرفهم في أقواتهم ولا يحنثون بعرف غيرهم لخصوصه في عرفهم، ويحنثون بالعرف الشرعي لعمومه فيهم، ولا يحنث غيرهم بعرفهم لخصوصه فيهم.

وأما عرف الاضطرار [١٢/ب] كأهل الفلوات يقتاتون الحشيش في زمان الجذب، فيحنثون في زمان الجذب بقوتهم في الجذب، وقوتهم في الخصب وهو الألبان، ويحنثون في زمان الخصب بقوتهم في الخصب دون الجذب، ويكون عرف الزمان معتبراً كما كان عرف المكان معتبراً، ذكره في «الحاوي»[٢].

فرع آخر

لو حلف لا يأكل طعاماً حنث بكل مطعوم من الحلوى وغيره، ولا يحنث بأكل الدواء وإن كان مطعوماً؛ لأن اسم الطعام لا ينطلق عليه. وقال في «المهذب»: في الدواء وجهان؛ لأنه يجري فيه الدواء بقلة الطعم. وحكي عن محمد أنه قال: لا يحنث إلا بأكل

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٥٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠/ ٦٣)، والبغوي في «شرح السنة» (١١/ ٣٢٣).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٤٢).

الحنطة اعتباراً باسمه عرفاً، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ إِلَّا مَا حَرَّمَ إِسْرَٰٓءِيلُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ﴾ [آل عمران: ٩٣] فأطلق الاسم على كل مطعوم.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت الحلواء فأكل ما عصر بالسكر والعسل والدبس حنث، ولا يحنث بأكل السكر والعسل لأنه حلو وليس بحلواء.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت حلاوة يحنث بعلكها ولا يحنث بأكل الفواكه الحلوة. ولو حلف لا يأكل شيئاً حلواً حنث بالفواكه الحلوة أيضاً.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت لذيذاً فأكل ما يستلذه هو ولا يستلذه غيره حنث. ولو أكل ما يستلذه غيره ولا يستلذه هو لم يحنث؛ لأنه غير مستلذٍ فيما أكل.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت مستلذاً حنث بما يستلذه غيره أيضاً؛ لأن المستلذ من صفات المأكول في اللذيذ من صفات الأكل.

فرع آخر

لو حلف لا شممت مشموماً حنث بشم الياسمين والخزامى واللينوفر؛ لأن اسم المشموم يطلق على جميعه، ولا يحنث بشم الكافور، والمسك والعنبر لخروجهما عن اسم المشموم بأسمائها المفردة.

فرع آخر

لو حلف لا شممت طيباً حنث [١٣/أ] بشم الكافور والمسك والعنبر، ولا يحنث بشم المشموم؛ لأنه ليس بطيب. ولو قال: لا أشم مستطاباً حنث بكل هذا؛ لأنه مستطاب الرائحة.

فرع آخر

لو حلف لا يشم الريحان، قال ابن سريج يحنث إذا شم الريحان الفارس الأخضر وهو الشاهسفرم، ولا يحنث بشم الورد والياسمين وغيرهما؛ لأنه ينطلق عليه اسم الريحان لما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف لا يشم الورد فإنما يحنث بشم الورد الجوري الأحمر والأبيض دون غيره من الأوراد لما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف لا يضرب امرأته فعضها أو نتف شعرها أو خنقها لم يحنث، ذكره ابن سريج. وقال أبو حنيفة وأحمد: يحنث، واحتجوا بأن الغرض باليمين أن يؤلمها، وما فعله مؤلم لها. ودليلنا أنه لا يسمى ضرباً ولا يحنث به في اليمين على الضرب

كالشتم. وأما [...][١] فيحصل بالشتم ولا يحنث به. وحكي عن المزني أنه قال: أنا في هذا واقف، ولكن إن قلت لا يقع اسم الضرب على العض احتملت اللغة ذلك.

فرع آخر

إذا سبها أو شتمها لا يحنث بلا إشكال. وقال مالك: يحنث بكل ما آلم قلبها من الأقوال والأفعال.

فرع آخر

لو لكمها أو لطمها أو رضها، قال في «الحاوي»[٢]: فيه وجهان:

أحدهما: يحنث به؛ لأنه يقال: ضربه بيده وإن تنوعت أسماء الضرب.

والثاني: لا يحنث؛ لأن اسم الضرب ينطلق على ما كان بآلة مستعملة فيه.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر يحتمل وجهين:

أحدهما: يحنث؛ لأنه ماء مطلق يجوز التوضيء به.

والثاني: لا يحنث؛ لأنه لا يُشرب عادة.

فرع آخر

لو حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه من غير أن يطلب خدمته لم يحنث، سواء كان عبده أو عبد غيره أو حراً. وقال أبو حنيفة: إذا كان عبد نفسه حنث؛ لأن سكوته وإقراره على الخدمة استخدام عليه، ودليلنا أن اليمين عقدها [١٣/ب] على فعل نفسه وهو الاستخدام، فإذا خدمه العبد بنفسه من جهة فعلٍ لا مختاراً ولا مكرهاً لم يحنث، كما لو قال: لا فارقتكَ حتى أستوفي حقي منك ففرَّ الغريم منه لم يحنث. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأنه تقرير على الخدمة ولا يسمى استخداماً.

فرع آخر

لو حلف فقال: كل جارية أتسراها فهي حرة، ينظر فإن لم يكن له في ذلك الوقت جارية ثم اشترى جارية وتسراها لم تعتق؛ لأن عقد الصفة قبل وجود الملك، وإن كانت له جارية أو جوار انعقدت الصفة، فإذا تسرى بواحدة منهن عتقت وفي صفة التسري قال ابن سريج: فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أن يحصنها الموطيء ويمنعها من الدخول والخروج، ويطأها أنزل أو لم ينزل، أحبل أو لم يحبل، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد.

والثاني: أن التسري هو الوطء حصن أو لم يحصن أنزل أو لم ينزل، وبه قال: [...][٣]؛ لأنه مشتق من السرور، وذلك يكون بالجماع. وقيل: مشتق من السر وهو

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل.

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٢٣٩).

(٣) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل.

الجماع أيضاً. وقيل: من السر وهو الظهر، فإنها صارت مركوبةً ممطاةً.

والثالث: وهو المنصوص عليه في اللعان والإيلاء، وأن التسري هو الوطء الذي يطلب به الولد، وهو أن يطأ وينزل أحبل أو لم يحبل؛ لأن هذا هو العادة في التسري، وبه قال أبو يوسف.

وقال القاضي الطبري: قال في «الإملاء»: والتسري أن يطأ جاريته طالباً للولد؛ وهو أن يطأ وينزل ولا يعزل سواء أحبلها أو لم يحبلها إذا كان مبتغياً للولد. لأن العرف أن من أعد سرية فإنما يتخذها لطلب الولد، فوجب حمله على مقتضى العرف، فالمذهب هذا المنصوص. ولأصحابنا وجهان آخران. وقيل: نص في «الإملاء» أن التسري يحصل بثلاث شرائط؛ أن يسترها عن أعين الناس، وأن يطأها وينزل في فرجها؛ لأن كونها أسرى جواريه إنما يحصل باتخاذها للولد، وهو في هذا.

فرع آخر

إذا حلف لا يصلي [١٤/أ] فكبر ونوى الصلاة. قال أصحابنا: حنث، وقال ابن سريج: إذا كبر وقرأ وركع حنث سجد أو لم يسجد واحتج بأنه قبل أن يركع لم يأت بمعظم الركعة، وإذا أتى بمعظمها فقام مقام كلها. وقال أبو حنيفة: يحنث إذا أتى بسجدة؛ لأن الركعة لا يثبت لها حكم حتى يقيدها بسجدة وهذا لا يصح؛ لأنه يقال صلى إذا أحرم بالصلاة، وقد قال ﷺ في إمامة جبريل عليه السلام: «وصلّى بي الظهر حين زالت الشمس»، وأراد: أحرم بي الصلاة، فإذا تناوله الاسم وجب أن يحنث. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأن عند أبي حنيفة الركعة الواحدة لا تكون صلاة بانفرادها، وعندنا من غير السجدتين والتشهد لا تكون صلاة، فإذا حنث ببعضٍ وجب أن يحنث بأولها؛ لأنه إبطال قول أبي حنيفة حيث اعتبر السجود.

فرع آخر

إذا حلف لا يصوم فدخل في الصوم بالنية حنث؛ لأنه يسمى صائماً به.

فرع آخر

لو قال: والله لا أصلي صلاةً، لا يحنث بالدخول فيها حتى يصلي ركعتين ويسلم منها. وقيل: فيه قول آخر يحنث إذا صلى ركعةً واحدةً ويسلم منها.

فرع آخر

لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل دهليز الدار لا يحنث؛ لأنه لا يراد الإيواء والسكنى، بل يراد للممر والاجتياز، فلو دخل بيتاً في دارٍ حنث؛ لأن اسم البيت يقع عليه وإن كان من جملة الدار.

فرع آخر

لو دخل صُفّةَ في دار لم يحنث، وقال أبو حنيفة: يحنث وهذا لا يصح؛ لأن اسم

البيت لا يقع على الصُفّة، كاسم الصُفّة لا يقع على البيت إذا حلف لا يدخل صُفة فدخل بيتاً لا يحنث.

فرع آخر

لو قال: من بشرني بخبر زيدٍ من عبيدي فهو حر، فبشره واحدٌ بخبر سار لزيدٍ عتق، وإن بشره بخبرٍ مكروهٍ لزيد ففيه وجهان:

أحدهما: يعتق؛ لأن البشارة مأخوذة من تغير البشرة، وقد تتغير بالمكروه كما تتغير بالسار.

والثاني: [١٤/ب] أنه لا يعتق؛ لأن البشارة قد صارت في العرف للسار من الأخبار دون المكروه. وقال صاحب «الحاوي»: الصحيح أن ينظر حال الحالف مع زيد، فإن كان صديقاً له لم يعتق بالخبر المكروه، وإن كان عدواً له عتق بالخبر المكروه؛ لأنه يسره فصار بشارة عنده.

فرع آخر

لو بشره الجماعة في حالةٍ واحدةٍ أعتقوا جميعاً، ولو بشره جميع عبيده في حالةٍ واحدةٍ لم يعتق واحد منهم؛ لأنه قال: من بشرني من عبيدي يقتضي البعض دون الجميع.

فرع آخر

لو قال: من بشرني بقدوم زيد من عبيدي فهو حرٌّ، فبشره واحد ثم آخر عتق الأول دون الآخر؛ لأن البشارة اسم لما تحصل به البشرى والسرور، وقد حصل ذلك بالأول دون الثاني، فإن جاء اثنان أو ثلاثة دفعةً واحدة فبشروه يعتق الكل ولا يعتق من جاء بعده.

ولو قال: من أخبرني بقدوم زيد فهو حر، فأخبره واحد فهو حر، فدخل واحدٌ أولاً ثم دخل آخر يعتق الأول دون الثاني، فإن دخل اثنان معاً ثم دخل ثالث لم يعتق واحدٌ منهم؛ لأن الاثنين لم يسبق أحدهما الآخر، والشرط أن يكون عبداً هو أول ولم توجد هذه الصفة، والثالث لا يوصف بأنه أول.

فرع آخر

لو قال: أول من يدخل الدار من عبيدي وحده فهو حر، فدخل اثنان معاً ثم دخل واحد بعدهما، يعتق الذي دخل بعدهما، لأنه أول من دخل الدار وحده.

فرع آخر

لو دخل واحد ولم يدخل بعده، قال ابن سريج: يحتمل أن يقال: يعتق الأول؛ لأنه أول داخل. ويحتمل أن يقال: لا يعتق؛ لأنه لا يكون أولاً إلا إذا كان له آخر والأول أصح، وحكى القاضي الطبري هذا الوجه الثاني عن ابن سريج، والوجه الأول عن سائر أصحابنا. [١٥/أ]

فرع آخر

لو قال: من سبق بدخول الدار من عبيدي فهو حرٌّ، فأيهم سبق بالدخول عتق ولم يعتق بعده. ولو سبق بالدخول اثنان معاً ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتقا؛ لأنه ليس فيهما سابق.

فرع آخر

لو قال: آخر من دخل الدار من عبيدي فهو حرٌّ، فدخل واحدٌ ثم واحد لم يعتق واحد منهم حتى يموت السيد، فإذا مات عتق آخر عبدٍ دخل الدار قبل موته؛ لأن قوله: «آخر من دخل» أطلق في جميع من يدخل، فما دام هو حياً لا يكون آخراً لجواز أن يدخل بعده غيره وبالموت يتبين الآخر.

فرع آخر

لو قال لعبده: إن لم أحج العام فأنت حر، ثم اختلف العبد والسيد فقال السيد: قد حججت، وقال العبد: ما حججت وقد عتقت، وأقام العبد بينة أن السيد رؤي يوم النحر بالكوفة. قال ابن سريج: يعتق العبد؛ لأنه يستحيل في حكم العادة أن يكون حاجاً في هذه السنة، فحكم أنه لم يحج وعتق العبد.

فرع آخر

إذا قال لعبدين له: إذا جاء الغد فأحدكما حر، ثم جاء الغد وهما في ملكه يعتق أحدهما لا بعينه ويرجع إليه في التفسير وهو ظاهر، فأما إذا باع أحدهما قبل مجيء الغد أو أعتقه أو وهبه وأقبضه، ثم جاء الغد قال محمد: يعتق الباقي عليه. وقال ابن سريج: لا يعتق؛ لأنه أوقع عتقاً فيهما، قال: يجوز أن يتعين من غير تعينه، فينبغي أن يكون على صفةٍ بتعلق الحرية عند مجيء الغد بهما ثم يعتق هو أحدهما. فإن باع أحد العبدين في يومه ثم اشتراه وجاء الغد وهما في ملكه، فإن قلنا: الصفة تعود بعود الملك فهو كالمسألة الأولى، وإن قلنا: لا تعود، فهو كالمسألة الثانية.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها نصف أحدهما في يومه، ثم جاء الغد وقع العتق مبهماً في أحدهما لأنهما [١٥/ب] جميعاً محل لوقوع العتق، ثم ينظر فإن عين العتق في العبد الكامل عتق كله، وإن عينه في الذي باع نصفه عتق النصف وسرى إلى الباقي إن كان موسراً، وإن كان معسراً لم يسر.

فرع آخر

قال ابن سريج تفريعاً على هذا: إذا كان له عبدان فقال: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر، ثم جاء الغد وهما في ملكه عتق أحدهما لا بعينه، فإن باع أحدهما أو مات أو أعتقه ثم جاء الغد لا يعتق عليه النصف الباقي؛ لأنه جعل الشرط مجيء الغد وأحدُهما في ملكه، وهاهنا في ملكه نصف أحدهما.

فرع آخر

لو قال لعبده وعبد غيره: أحدكما حرٌّ لم يعتق واحد منهما؛ لأن أحدهما لا يملك إعتاقه فلا يصح التخيير.

فرع آخر

لو قال: لا كلمت زيداً فسُمِّيَ عمراً ثم كلمه حنث؛ لأن اليمين تعلقت بنفسه دون اسمه.

فرع آخر

إذا حلف لا يتكفل لفلانٍ بمال فتكفل بوجهه لم يحنث، وبه قال أبو حنيفة. وقال أحمد: يحنث بناءً على قوله: «إذا تعذر تسليم المكفول به يجب المال وصار ذلك كفالة»، قال: وهذا لا يصح؛ لأن الكفالة بالوجه كفالة ببدنه، وبدنه ليس بمال فلم يتناوله يمينه، وما ذكروه لا يسلم ولا يصح أيضاً؛ لأنه يلزمه المال لتعذر تسليمه لأن الكفالة كانت بالمال.

فرع آخر

لو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث سواء كان في الصلاة أو في غيرها، وبه قال أحمد: وقال أبو حنيفة: إن قرأ خارج الصلاة حنث؛ لأن القرآن كلام الله، فإذا قرأه فهو متكلم به وهذا لا يصح؛ لأن ما لا يحنث به في الصلاة لا يحنث به خارج الصلاة كالإشارة.

فرع آخر

إذا حلف لا يكلمه فصلى خلفه فسها فسبح أو كبر، قياس المذهب أنه يحنث. وقال أبو حنيفة: إن كان في الصلاة لم يحنث، وإن كان خارجاً يحنث كما قال في القرآن وهذا لا يصح؛ لأن قارىء القرآن لا يسمى [١٦/أ] متكلماً بل يسمى قارئاً، ويسمى بالتسبيح متكلماً.

فرع آخر

لو حلف لا يكلم فلاناً فقرأ آية من القرآن فهم ذلك الرجل منها، مثل إن كان يدق الباب فقال: ﴿ٱدْخُلُوهَا بِسَلَٰمٍ ءَامِنِينَ ﴿٤٦﴾﴾ [الحجر: ٤٦] فإن قصده قراءة القرآن لم يحنث وإلا حنث.

فرع آخر

لو حلف لا يكلم الناس فكلم واحداً حنث، لأن الألف واللام للجنس، فإذا كلم واحداً من الجنس حنث، كما لو قال: لا أكلت الخبز فأكل خبزاً حنث.

فرع آخر

لو قال: لا أكلم ناساً انصرف إلى ثلاثة أنفس.

فرع آخر

لو حلف لا يكلمه فزجره بأن قال: تنح عني حنث. وقال أبو حنيفة: إن زجره عقيب اليمين لم يحنث، وإن قال بعد ذلك حنث. وكذا الخلاف إذا قال: لا كلمتك فاذهب أو فقم.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا قال لزوجته: والله لا كلمتك فاذهبي لا يحنث إلا أن ينوي بقوله فاذهبي الطلاقَ؛ لأنه إذا نوى به الطلاق كان كلاماً مستأنفاً لا يتعلق بالأول، بخلاف ما لو لم ينو به الطلاق؛ لأنه يكون تمام الكلام، وهذا لا يصح؛ لأن قوله: قومي كلام منه لها حقيقة، فإذا وجد منه بعد يمينه حنث به، كما لو كان قد فصله.

فرع آخر

لو قال رجل لرجلٍ: كلم زيداً اليوم، وقال: والله لا كلمته، فإن يمينه على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فإن كان ذلك في الطلاق وقال: نويت اليوم لم يقبل في الحكم. وقال أصحاب أبي حنيفة: تكون يمينه على اليوم ودلالة الحال خصت ذلك، إلا أن يطول الكلام مثل أن يقول: ما أتيتني في منزلي وقد أتيتك في منزلك غير مرة، فيقول: والله لا أتيتك فإن هذا يكون على اليوم؛ لأن الكلام طال وهذا لا يصح؛ لأن يمينه مطلقة فوجب أن تكون على التأبيد، كما لو ابتدأ بها أو طال الكلام.

فرع آخر

لو قال: لا لبست حُلياً، قال أبو حنيفة: لا يحنث باللؤلؤ [١٦/ب] حتى تمزج بذهبٍ أو فضةٍ، وعندنا يحنث به؛ لأنه حُليٌّ، قال الله تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾ [الحج: ٢٣].

فرع آخر

لو تحلى بالخرز والصفر، فإن كان في عرفهم حُلياً كأهل البوادي وسكان السواد يحنث وإلا فلا يحنث. وقيل: هل يحنث به غيرهم؟ فيه وجهان كما قلنا في بيوت الشعر ورؤوس الصيد.

فرع آخر

لا فرق في الحنث بين مباحه ومحظوره، ويحنث بلبس الخاتم ذهباً كان أو فضة. وقال أبو حنيفة: لا يحنث إن كان من فضة، ويحنث إن كان من ذهب؛ لأن الذهب غير مألوفٍ والفضة مألوفة، وهذا لا يصح؛ لأن مألوفه وغيره سواء كالإسورة والأطواق. وقد روي أن النبي ﷺ تحلى خاتماً من ذهبٍ ثم نزعه[١].

فرع آخر

لو لبس ثوباً منسوجاً بالذهب لا يحنث؛ لأنه باسم الثوب أخص منه باسم الحلي. وكذلك لو تقلد بسيف محلى؛ لأن السيف ليس بحلي وإن كان عليه حليٌّ.

فرع آخر

لو لبس منطقةً محلاةً بذهب أو فضةٍ فيه وجهان، أحدهما: يحنث بها؛ لأنها من حلي الرجال. والثاني: لا يحنث بها؛ لأنها من الآلات المحلاة كالسيف.

فرع آخر

لو حلف لا يلبس قلنسوة فلبسها في رجله لم يحنث؛ لأن اليمين تقتضي لبساً متعارفاً وهذا غير متعارف.

---

(١) أخرجه النسائي (٥٢٧٣، ٥٢٧٤)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٨/ ٢٨٩).

فرع آخر

لو حلف لا يلبس شيئاً فلبس درعاً أو جوشناً أو خفاً أو نعلاً فيه وجهان؛ **أحدهما**: يحنث؛ لأنه لبس شيئاً.

والثاني: لا يحنث؛ لأن إطلاق اللبس لا ينصرف إلى غير الثياب.

فرع آخر

لو قال: والله لا كلمتك حنث؛ لأنه بإعادة الكلام قد صار متكلماً له.

فرع آخر

لو كلمه وهو نائم، فإن كان كلاماً يوقظ مثله النائم حنث به وإلا فلا.

فصل

قال صاحب «الحاوي»(١): أذكر في الأيمان أصلاً يحمل عليه أحكامها ليسلم من الإخلال، فأقول: [١٧/أ] كل يمين انعقدت على اسم يعتبر به البر والحنث لم يخل ذلك الاسم من أمرين؛ مجمل ومفسر، فإن كان مجملاً كقوله في الإثبات: والله لأفعلن شيئاً، وفي النفي: والله لا فعلت شيئاً، فاسم الشيء يُضم إلى كل مُسمى فلا يحمل على جميع الأشياء لخروجها عن القدرة، والعرف يوجب أن يحمل على بعضها ولا يتغير بعضها إلا بالبيان فيرجع فيها إلى بيانه، فإن كانت له نية وقت يمينه يحمل على نيته فيصير بالنية مفسراً وبالقول مخبراً، كأنه أراد بقوله: لا فعلت شيئاً أي لا دخلت هذه الدار. وبقوله: لأفعلن شيئاً أي لأدخلن هذه الدار، فتعلق بره وحنثه بدخول الدار، سواء تقدم على بيانه أو تأخر، فإن لم يكن له نية وقت يمينه له أن يعينها بعد اليمين فيما شاء ويعمل فيها على خياره، كمن قال لنسائه: إحداكن طالق، ولم يعين واحدة، كان له تعيين الطلاق فيمن شاء منهن، وإذا كان التعيين إلى خياره فإن كان حلف بالطلاق أو العتاق يؤخذ جبراً باليقين لتعلق حق الآدمي بها، وإن كان حلف بالله لا يجبر فيعين متى شاء ولا حنث فيها قبل التعيين، وإذا عينها باختياره فجعل قوله: لأفعلن شيئاً معيناً، في أن يركب هذه الدابة، وقوله: لا فعلت شيئاً معيناً في أن لا يركب هذه الدابة صار هذا التعيين هو المراد باليمين، فتعلق به البر والحنث دون غيره.

ثم لا يخلو إما إن وجد منه ركوب الدابة قبل التعيين أو لم يوجد، فإن لم يوجد تعلق بالبر والحنث بما يستأنفه من ركوبها بعد التعيين، وإن كان ركوبها قبل التعيين ففي وقوع البر والحنث به وجهان مبنيان على تعيين الطلاق المبهم في واحدة من نسائه، هل يوجب وقوعه وقت اللفظ أم وقت التعيين؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: يقع باللفظ يتعلق البر والحنث بما تقدم من [١٧/ب] الركوب قبل التعيين، ولا يتعلق بما تأخر عنه برٌّ ولا حنثٌ.

والثاني: يقع الطلاق وقت التعيين، فعلى هذا يتعلق البر والحنث بالركوب بعد

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٣٠ ـ ٤٣٩).

التعيين ولا يتعلق بما تقدمه برٌّ ولا حنثٌ.

وأما الاسم المفسر فضربان، **أحدها**: إن كان له حقيقة ومجاز كالسراج مجاز في الشمس، والبساط مجاز في الأرض، فينقسم في الأيمان خمسة أقسام:

أحدهما: أن يريد به الحقيقة دون المجاز، فيحمل على حقيقته لفظاً ومعتقداً سواء كان من إرادة الحقيقة لغوياً أو شرعياً، فإذا حلف لا يأكل الزبد لم يحنث باللبن على هذا.

والثاني: أن يريد به المجاز دون الحقيقة، فيريد بالسراج الشمس دون المصباح، وباللحم السمك، فإن كانت يمينه بالله عز وجل حمل على المجاز في الظاهر والباطن لاستثناء الحقيقة بنيته، وإن كانت بالطلاق حملت على المجاز في الباطن وحملت على أغلظ الأمرين في الظاهر، وسواء كان ما أراد من المجاز شرعياً أو لغوياً.

والثالث: أن يريد به الجمع بين حقيقته ومجازه، فيحمل عليهما في بره وحنثه؛ لأنه أغلظ فيحمل السراج على المصباح والشمس على هذا.

والرابع: أن يريد به غير حقيقته ومجازه، كمن أراد بالسراج غير المصباح والشمس، فلا يحمل على الذي أراده لخروجه عن مقتضى لفظه، كمن أراد الطلاق بما ليس بصريح ولا كناية، ولا يحمل على المجاز لتجرده عن النية.

وأما حمله على الحقيقة، فإن كانت يمينه بالطلاق حملت على الحقيقة في الظاهر لا في الباطن، وإن كانت يمينه بالله تعالى لم يحمل على الحقيقة لا في الظاهر ولا في الباطن، وإن كانت لغواً لا يتعلق بها برٌّ ولا حنثٌ. وقال مالك ومحمد: إنه حمل يمينه على إرادته وإن خرج عن الحقيقة والمجاز إذا اقترن به ضربٌ من الاحتمال. وحكي عن محمد أنه قال فيمن قال لغريمه: والله لأجرنك على الشوك [١٨/أ] [برَّ][(١)] بمطله وتأخير دينه اعتباراً بمخرج الكلام ومقصوده وهذا غلط؛ لأن ما خرج عن الحقيقة والمجاز صار مختصاً بمجرد النية والنية لا يتعلق بها يمين، كما لو نوى يميناً.

والخامس: أن تتجرد يمينه عن نيته وإرادته فتحمل في البر والحنث على الحقيقة دون المجاز [لأن افتقار المجاز إلى النية يسقط حكمه إذا تجرد عن نية مثل كنايات الطلاق إذا لم تقترن بها نية][(٢)] فإن اختلف الشرع واللغة في حقيقته ومجازه كالنكاح في الشرع هو حقيقة في العقد ومجاز في الوطء، وفي اللغة حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وكالصلاة، والزكاة، والصوم لها حقيقة في الشرع غير حقيقة اللغة، فيحمل على حقيقته في الشرع دون اللغة لأن الشرع ناقل.

والضرب الثاني على الاسم الخاص أن يكون له حقيقة وليس له مجاز، وهو على أربعة أقسام؛ مبهم، ومعين، ومطلق، ومقيد.

فالمبهم: لا كلمت رجلاً يحنث بكل من كلمه من الرجال دون الصبي والمرأة.

---

(١) ما بين المعقوفتين في الحاوي (حنث)، انظر الحاوي (١٥/ ٤٣٢).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل واستدركناه من الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٣٣).

والمعين: لا كلمت زيداً يحنث بكلامه صغيراً أو كبيراً.

والمطلق: أن يقول: لا شربت ماءً، فإطلاقه أن لا يذكر أنه قدراً، ولا يعين له زماناً ولا مكاناً، فيحنث بشربه في كل مكان وزمان إذا شربه صرفاً، فإن شربه ممزوجاً حنث إذا غلب على غيره بلونه وطعمه، وإن غلب عليه غيره بلونه وطعمه لم يحنث.

والمقيد: ثلاثة؛ مقيد بمكانٍ لا شربته بالبصرة، ومقيد بزمانٍ لا شربته اليوم، ومقيد بصفة لا شربته صرفاً فيتقيد به.

ويحنث في المبهم بالمعين ولم يحنث في المعين بالمبهم، وحنث في المطلق بالمقيد ولم يحنث في المقيد بالمطلق، لعموم المبهم والمطلق وخصوص المعين والمقيد، فإن أراد بالمبهم معيناً وبالمطلق مقيداً حمل على إرادته لفظه، فيجعل المبهم معيناً والمطلق مقيداً في الظاهر والباطن إن كان حالفاً بالطلاق؛ لأنه استثناء بعض ما شمله عموم الجنس، فصار بتخصيص العموم في النصوص الشرعية، فلا يحنث في إبهام قوله: لا كلمت رجلاً وقد أراد زيداً [١٨/ب] إلا بكلامه دون غيره من الرجال، ولا يحنث في إطلاق قوله: لا شربت ماءً وقد أراد شهراً لا يشربه فيه دون غيره من الشهور.

فأما عكس هذا إذا أراد بالمعين مبهماً وبالمقيد مطلقاً حمل على لفظه في التعيين والتقييد ولم يحمل على إرادته في الإبهام والإطلاق؛ لأن ما تجاوز المعين والمقيد خارج عن لفظ اليمين، فصار مراداً بغير يمين فلا يحنث في تعيين قوله: لا كلمت زيداً هذا وقد أراد كل الرجال إلا بكلام زيد وحده. ولا يحنث في تقييد قوله: لا شربت الماء في شهري هذا وقد أراد كل الشهر على الأبد ألا يشربه فيه وحده.

وشاهده من الطلاق أن يقول لامرأته: أنت طالق واحدة ويريد بها ثلاثاً لا تطلق ثلاثاً؛ لأنه قد صرح بنفيها بلفظ فلم يقع بمجرد إرادته، فافترق حكم العكس لافتراق العلتين.

وأما العام فضربان؛ **أحدهما**: عامُ اللفظ عام المراد ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان عمومه في لفظه ومعناه، مثل قوله: والله لا كلمت الناس يحمل على كل إنسان من صغير وكبير، وعلى كل نوع من الكلام سقيم وسليم، ومثله في التنزيل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [العنكبوت: ٦٢]، وقياسه بالإيمان أن يقول: لا أكلت اللحم، يحنث بكل نوع من اللحم على كل صفة من الأكل.

والثاني: ما كان عمومه في لفظه دون معناه، كقوله: والله لا أكلت الحنطة، يحنث بكل نوع من الحنطة ولا يحنث بأكل ما حدث عن الحنطة من سويق أو دقيق. وإذا قال: لا أكلت اللبن يحنث بكل نوع من اللبن ولا يحنث بما حدث من اللبن من جبن ومصل [وزبد](١) وسمن، فيصير محمولاً على عموم لفظه دون معناه، وهذا يختص بما إذا تغير عن حاله زال عن اسمه فاجعل ذلك قياساً مطرداً في نظائره.

والثالث: ما كان عمومه في معناه دون لفظه، مثل قوله: لا أكلت عسلاً فأكل خبيصاً فيه عسل، [١٩/أ] ولا أكلت دقيقاً فأكل خبيصاً فيه دقيق حنث؛ لأن في الخبيص عسلاً

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من الحاوي (١٥/ ٤٣٤).

ودقيقاً، وكذلك السمن، وهذا يختص بما إذا حدث له اسم بالمشاركة لم يزل الاسم الخاص عن كل نوع منها؛ لأنه لا يسمى خبيصاً إلا باجتماعهما ولا يزول اسم كل نوع عنه؛ لأنه لا يقال: هذا خبيص فيه عسل وفيه دقيق وفيه سمن. فإن قيل: أليس لو قال: لا أكلت دقيقاً فأكل خبزاً حنث؟ قلنا: الفرق أنه لا يقال هذا خبز فيه دقيق، ويقال: هذا خبيص فيه دقيق، فصار اسم الدقيق في الخبيص باقياً وفي الخبز زائلاً فافترقا.

والضرب الثاني: ما كان عام اللفظ خاص المراد، فهو ما خص عموم لفظه بسببٍ أوجب خروجه عن عموم كما خصه عموم الكتاب والسنة، وتخصيص اللفظ العام في الإيمان من خمسة أوجه **أحدها**: تخصيص عمومه بالمفقود.

والثاني: بالشرع.

والثالث: بالعرف.

والرابع: بالاستثناء.

والخامس: بالنية.

فأما الأول: ما امتنع استيفاء عمومه في القصد كقوله: والله لآكلنَّ الخبز، ولأشربنَّ الماء، ولأكلمنَّ الناس، ولأتصدقن على المساكين، لما امتنع أن يأكل كل الخبز، أو يشرب كل الماء، [ويكلم جميع الناس، ويتصدق على جميع المساكين][(١)] لما خص العقل عموم الجنس فتعلق البر والحنث بأكل بعضه وشرب بعضه، وكلام بعض الناس، والتصدق على بعض المساكين.

ثم هذه الأجناس ضربان [معدود وغير معدود][(٢)] فغير المعدود الخبز والماء فيتعلق البر والحنث بقليله وكثيره. والمعدود كالناس والمساكين، فإن كانت يمينه على الإثبات كقوله: لأكلمنَّ الناس، ولأتصدقنَّ على المساكين لم يبر حتى يكلم ثلاثةً ويتصدق على ثلاثة اعتباراً بأقل الجمع، وإن كانت يمينه على نفي كقوله: لا كلمت الناس ولا تصدقت على المساكين حنث بكلام واحدٍ وبالصدقة على واحدٍ اعتباراً [١٩/ب] بأقل العدد، والفرق أن نفي الجميع ممكن وإثبات الجميع ممتنع، فاعتبر أقل الجمع بالإثبات واعتبر أقل العدد في النفي.

وأما التخصيص بالشرع فضربان؛ تخصيص اسم وتخصيص حكم، فتخصيص الاسم كالصيام في اللغة الإمساك عن الطعام والكلام، ثم خصه الشرع بالإمساك عن الطعام والشراب في النهار فلا تنعقد يمينه إلا بالصوم الشرعي، وكذا الحج، والصلاة.

وأما تخصيص الحكم فكلحم الخنزير خص بالتحريم من عموم اللحوم المباعة، ففي تخصيص العموم به في الإيمان وجهان:

فلا يحنث إذا حلف لا يأكل لحم الخنزير، ولا يبر إذا حلف ليأكلن اللحم فأكل لحم الخنزير، ولو حلف لأوطأنَّ لا يحنث بالوطء في الدبر، ولو حلف أنه لا يطأ لم يبر بالوطء

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من الحاوي (١٥/ ٤٣٥).

(٢) ما بين المعقوفتين ورد بالأصل: «معلوم وغير معلوم»، وما أثبتناه من الحاوي (١٥/ ٤٣٥).

في الدبر، ويبرَّ ويحنث بوطء الزنا؛ لأنه من جنس المباح، وعلى هذا لو حلف لا يتيمم لا يحمل على موضوع اللغة وهو القصد، بل يحمل على التيمم الشرعي في سفرٍ أو مرضٍ، وعلى الوجه الآخر لا يتخصص عموم الأيمان بالأحكام الشرعية، لاتفاق أحكامِ القرآن في الحظر والإباحة اعتباراً بما انعقدت عليه، فيحمل على عمومها فيما حل وحرم اعتباراً بالاسم دون الحكم فيحنث في اللحم بكل لحمٍ، وفي الوطء بكل وطء.

وأما تخصيص العموم بالعرف فضربان؛ عامٍ وخاص.

فالعام: كمن حلف لغيره لا خدمتك الليل والنهار، فيختص بالعرف من خدمة النهار زمان الأكل والشرب، والطهارة والصلاة، والاستراحة بحسب ما يخدم فيه من شاقٍ وسهلٍ، ومن خدمة الليل وقت النوم المألوف، فإن ترك الخدمة فيها لم يحنث لخروجها بالعرف من عموم يمينه، وإن ترك الخدمة في غيرها من الأوقات حنث لدخولها في عرف يمينه، ولو حلف [٢٠/أ] لأضربنك الليل والنهار خرج بالعرف من زمان الليل والنهار ما ذكرناه، فلا يكون بترك الضرب فيها حانثاً، وخرج بالعرف من بقية الزمان في الضرب خصوصاً للوقت الذي يكون ألم الضرب فيه باقياً، فيكون بقاء ألمه كبقاء فعله، فإن ترك ضربه مع بقاء الألم لم يحنث، وإن تركه مع زوال الألم حنث؛ لأن من دوام فعله أن يتخلله فترات من العرف، فاعتبر بدوام ألمه الحادث عنه.

ولو قال: والله لا وضعت ردائي عن عاتقي انعقدت يمينه على لبسه في زمان العرف، فإن نزعه في زمان الليل، أو في دخول الحمام، أو عند تبدله في منزله لم يحنث لخروجه بالعرف من زمان لبسه، وإن نزعه في غيره حنث لدخوله في عرف لبسها، ولو قال لغريمه: والله لا نزعت ردائي عن عاتقي أقضيك حقك حنث بنزعه قبل قضاء دينه في زمان العرف وغيره، والفرق أنه جعله في الإطلاق مقصوداً، وفي قضاء الدين شرطاً، والعرف معتبر في الإيمان دون الشرط.

وعلى هذا لو قال لغريمه: والله لا خدمتك حتى أقضيك حقك لم يحنث بترك الخدمة في زمان الاستراحة قبل القضاء؛ لأنه جعل الخدمة جزاءً ولم يجعلها شرطاً، وعلى هذا لو حلف لا يأكل الرؤوس لا يحنث بأكل رؤوس غير النعم لخروجها بالعرف من عموم الاسم.

ولو حلف لا يلبس هذا القميص لا يحنث إذا ارتدى به، ولو حلف لا يلبس الخاتم لا يحنث بلبسه في الإبهام ويحنث بلبسه في الخنصر اعتباراً بالعادة وتخصيصاً بالعرف.

وأما العرف الخاص: كقوله: لا قتلت ولا ضربت، فأمر بالقتل والضرب يحنث به الملوك دون السوقة.

ولو قال: والله لا تصدقت حنث الأغنياء بدفعها وحنث الفقراء بأخذها اعتباراً بالعرف في الفريقين. ولو قال: والله لا طفت ولا سعيت حنث أهل مكة [٢٠/ب] بالطواف بالبيت وبالسعي بين الصفا والمروة، وحنث غيرهم بالسعي على القدم وبالطواف في الأسواق، وحنث [أهل] الوشاة بالسعي إلى الولاة.

ولو قال: والله لا ختمت، حنث القارىء بختم القرآن، ويحنث التاجر بختم كيسه؛

لأنه عرفٌ بكل واحدٍ منهما به، ولو قال: والله لا قرأت، حنث بقراءة القرآن دون قراءة الشعر، ولو قال: والله لا تكلمت، حنث بالكلام، وإنشاء الشعر دون قراءة القرآن لخروجه بالإعجاز من جنس الكلام الذي ليس فيه إعجاز.

وأما تخصيص العموم بالاستثناء: فهو القول المخرج من لفظ اليمين بعد ما اشتمل عليه وله شرطان؛ أن يكون متصلاً بها، وأن يخالف حكم اليمين، فإن كانت على نفيٍ كان الاستثناء إثباتاً، وإن كانت على إثباتٍ كان الاستثناء نفياً، واختلف أصحابنا في هذا الاستثناء، هل يفتقر إلى اعتقاده في أول اليمين على وجهين:

أحدهما: يفتقر إليه حتى إن لم يعتقده بطل حكمه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان حكمه في الظاهر صحيحاً.

والثاني: لا يفتقر ويصح إذا اتصل بها ظاهراً وباطناً، وحكم هذا الاستثناء أن يخرج عن يمينه بعض جملها وهو على أربعة أضرب:

أحدها: استثناء مكانٍ.

والثاني: استثناء زمانٍ.

والثالث: استثناء عددٍ.

والرابع: استثناء صفةٍ. وفي ذكر إحداها بيان جميعها، فإذا قال: والله لأضربن زيداً إلا في داري برَّ إن ضربه في غير داره، ولم يبر إن ضربه في داره. ولو قال: والله لا ضربت زيداً إلا في داري، حنث إن ضربه في غير داره، ولم يحنث إن ضربه في داره، وبرَّ إن لم يضربه في غير داره، ولم يبر إن لم يضربه في داره، وعلى هذا القياس.

وأما التخصيص بالنية: فأن ينوي بقلبه [٢١/أ] في عقد يمينه ما يصح أن يذكر بلفظه، فيحمل فيه على نيته إذا اقترنت بعقد يمينه، ولا يصح إن تقدمت النية على اليمين أو تأخرت عنها، وذلك مثل قوله: والله لا كلمت زيداً وينوي به مبهماً، أو لا أكلت خبزاً وينوي به ليلاً، فيحمل في اليمين بالله تعالى على نيته ظاهراً وباطناً، وفي الطلاق يحمل ظاهراً لا باطناً والله أعلم.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّم رَجُلاً فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ وَالمَحْلُوفُ عَلَيْهِ فِيهِمْ لم يَحْنَثْ».

قال أصحابنا: جملة هذا أنه إذا علم ونواه بقلبه حنث قولاً واحداً، وإن عَزَله بقلبه وقصد السلام علىٰ غيره لم يحنث قولاً واحداً وإن لم يعلم فسلم على جماعتهم فهل يحنث؟ قولان؛ لأنه مخطىء، وفي الخاطىء قولان، ولو مرَّ عليه فسلم عليه ناسياً فيه قولان، وإن سلم عليه ذاكراً لليمين إلا أنه لا يعرف فهو خاطىء فيه قولان، وإن نوى السلام على جماعتهم حنث؛ لأنه سلم عليه وعليهم، وإن أطلق السلام عالماً بأنه فيهم ولم يعزله بالنية ولا قصده بالنية، قال في «الأم» ونقله المزني إلى «المختصر»: لا يحنث. وقال الربيع: وفيه قول آخر إنه يحنث. فالمسألة على قولين:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

أحدهما: لا يحنث؛ لأنه يحتمل أن يسلم عليهم دونه، ويحتمل أن يسلم عليه وعليهم فلم يحنث بالشك.

والثاني: يحنث؛ لأنه إذا سلم عليهم وهو فيهم فقد سلم عليهم وعلى كل واحدٍ منهم لحق عموم اللفظ فحنث به.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهِ كِتَابَاً أَوْ أَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولاً فَالوَرَعُ أَنْ يُحَنِّثَ نَفْسَه».

اعلم أنه إذا حلف لا يكلم رجلاً، فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً، أو أشار إليه، أو أومأ إليه هل يحنث؟ قولان:

قال في «القديم»: يحنث، وبه قال مالك لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا﴾ [الشورىٰ: ٥١]، فاستثنى الوحي من الكلام. [٢١/ب] وقال تعالى: ﴿ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، فاستثنى الرمز من الكلام، ولأن الكلام يراد لإفهام ما في القلب، وبهذه الأشياء يحصل الإفهام.

وقال في «الجديد»: لا يحنث وهو الأصح، واختاره المزني؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَقُولِىٓ إِنِّى نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا﴾ [مريم: ٢٦] الآية، ثم قال: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾ [مريم: ٢٩]، فلو كانت الإشارة من الكلام لما أشارت وقد نذرت أن لا تتكلم، ولأنه يصح نفي اسم الكلام عن هذه الأشياء فيقول: ما تكلمت ولكن أشرت وكتبت فلم يحنث به، وأما الآية التي ذكروها قلنا: ذاك استثناء من غير الجنس وقد ورد به القرآن، قال الله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢]. واحتج المزني على اختياره بأن الله تعالى قال: ﴿ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا فَخَرَجَ عَلَىٰ قَوْمِهِۦ مِنَ ٱلْمِحْرَابِ فَأَوْحَىٰٓ إِلَيْهِمْ أَن سَبِّحُوا۟ بُكْرَةً وَعَشِيًّا ﴿١١﴾﴾ [مريم: ١٠، ١١] فافهم بما يقوم في الفهم مقام الكلام ولم تتكلم به، وقد احتج الشافعي ـ رضي الله عنه ـ بأن الهجرة محرمة فوق ثلاثٍ، فلو كتب أو أرسل إليه وهو يقدر على كلامه لم يخرجه هذا من الهجرة التي يأثم بها، فلو كان الكتاب كلاماً يخرج به من الهجرة، وأجاب بعض أصحابنا عما ذكر المزني فقال: أما حديث زكريا ﷺ فلأنه نهي عن الكلام مع استثناء الإشارة، وهو قوله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران:٤١]، وبهذا استدللنا على أن الرمز كلام.

وأما الهجرة فإن كانت المخاطبة بينهما فيما قبل الهجرة بالكتاب أو الرسالة خرج من الهجرة إذا كانت عادته جارية بالتسليم بالإشارة، وإن كاتبه وهما في مجلس واحدٍ وقال في هذه الحالة لغيره: قل له كذا وكذا، فهذا إصرار منه على الهجرة؛ لأنه لا تزول به الوحشة وإن كان كلاماً إذا لم يقصد إزالة الوحشة حتى لو غاب صاحبه فكاتبه [٢٢/أ] معتذراً أو غير معتذرٍ، ولكنه لم يؤذنه بما في الكتاب زالت الهجرة بذلك، ولو كاتبه بالشتم أو استقبله فشافهه بالشتم لم تزل به الهجرة وإن تكلم، وهذا المعنى غير موجود، هكذا ذكره أصحابنا بخراسان.

وقال في «الحاوي»[2] وغيره: إذا كتب إليه أو أرسل إليه رسولاً وهو يقدر على

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٤٧).

الكلام معه، هل يخرج عن مأثم الهجرة؟ فيه وجهان؛ قال أبو إسحاق: لا يخرج. وقال ابن أبي هريرة: يخرج؛ لأن المقصود نفي الوحشة التي بينهما وعودهما إلى ما كانا عليه من الأنس.

ومن أصحابنا من قال في أصل المسألة: لا يحنث قولاً واحداً، وما ذكر في «القديم» أراد به في الورع، وأراد أنوى في يمينه المكاتبة والمراسلة.

ومن أصحابنا من قال: هذا في المعاتبة بحيث جرت العادة بالمكاتبة والمراسلة، فإن كان معه في المجلس فكتب إليه رقعة لم يحنث قولاً واحداً.

فرع

لو حلف لا يكلم فلاناً فكلم غيره بكلام سمعه، فإن لم يكن فيه تعريض له لم يحنث، وإن كان فيه تعريضٌ له، فإن كان مواجِّهاً بالكلام حنث به؛ لأنه قد صار مكلماً له، وإن كان غير مواجهاً له لم يحنث. وقد روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ لما أرادت الخروج إلى البصرة أشارت عليها أم سلمة ألا تفعل، وحلفت عليها إن خرجت أن لا تكلمها، فلما خرجت وعادت إلى المدينة، قالت أم سلمة: يا حائط ألم أقل لك، يا حائط ألم أنهك، فبلغت غرضها وسلمت من الحنث.

فرع

لو كان الحالف إماماً والمحلوف عليه مصلياً خلفه فسلم في الصلاة، فالحكم فيه كما ذكرناه إذا سلم على جماعة وهو فيهم في قياس المذهب.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأن سلام الصلاة ليس بكلام [٢٢/ب] كتكبيرها وهذا لا يصح؛ لأنه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين، وليس كالتكبير فإنه يخرج بالسلام من الصلاة وينافيها، ولو قدمه عامداً عن موضعه بطلت صلاته.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَرَى كَذَا إِلَّا رَفَعَهُ» إلى فلان القاضي ثم رآه نُظر، فإن رفعه إليه برَّ، وإن لم يرفعه إليه مع الإمكان حتى مات القاضي أو هو حنث؛ لأنه فاته رفعه إليه بتفريط من جهته، وإن أمكنه رفعه إليه إلا أنه حجب عن القاضي ومنع من رفعه إليه حتى فات بموته هل يحنث؟ فيه قولان، وإن لم يمكنه رفعه إليه حتى مات القاضي أو هو، مثل أن يرى فيموت القاضي عقيبه من غير أن يكون بين الرؤية وبين موته زمان يمكن رفعه إليه، أو يرى فيخرج في الحال ثم يموت هو في الطريق.

قال أبو إسحاق: لا يحنث قولاً واحداً؛ لأن ما لم يمكنه رفعه إليه فهو كما لم يره، وإنما يلحقه الحنث إذا أمكنه الرفع مع الرؤية، ووافقه بعض أصحابنا على هذا وقال: القولان في المكره الذي أدركه زمان الرفع فمنع. وقال أبو حامد: في هذا قولان أيضاً كالمكره، والأول أصح. فإن قيل: قال الشافعي رضي الله عنه: «لو حلف لا يرى كذا إلا رفعه إلى قاضٍ» فنكر ولم يعين فلم يصح حمل المسألة على تعيين القاضي؟ قلنا: الشافعي لم يحكِ لفظ الحالف وإنما هو لفظه، ألا ترى أنه لو وصل به إلى قاضٍ سماه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

وعينه كان صحيحاً فثبت ما قلناه.

قال الشافعي رضي الله عنه: «وَلَوْ عُزِلَ فَإِنْ كَانَتْ نِيَّتُهُ أَنْ يَرْفَعَهُ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ قَاضِياً فَلَا يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ خَشِيتُ أَنْ يَحْنِثَ إِنْ لَمْ يَرْفَعْهُ إِلَيْهِ». ومعنى هذا الكلام أنه إذا سمى القاضي وعينه ثم رأى الأمر الذي حلف على رفعه [٢٣/أ] إليه فلم يرفعه حتى عزل عن القضاء يُنظر، فإن قال: ما دام قاضياً أو نوى ذلك بقلبه، فهو بمنزلة موته على ما بيناه فأغنى عن الإعادة، وإن لم يقل ذلك ولا نية له، قال الشافعي: «خشيت أن يحنث إن لم يرفع فيه». قال أبو إسحاق: إنما علّق الشافعي القول في حنثه ولم يقطع؛ لأنه لم يقتصر على اسمه حتى وصفه بالقضاء، فيمكن أن يكون هذا شرطاً ويمكن أن يكون هذا شرطاً، وتكون الإشارة واقعة على العين دون الصفة.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان:

أحدهما: أنه إشارة إلى العين والصفة؛ لأنه سمى ووصف فتعلق بهما. وقال أبو حنيفة: لأن الرفع إليه لا يكون إلا في حال الولاية.

والثاني: لا يتعلق بالصفة وإنما يتعلق بالعين ويكون ذكر الصفة زيادة في معرفة العين وهو الصحيح، وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه؛ لأنه قال: «فإن لم يرفعه بعد عزله خشيت أن يحنث»، فنص على الحنث، فدل على أنه كان أقوى في نفسه، وهذا اختيار القاضي الطبري. قال: والدليل عليه أن رجلاً لو قال: والله لا ركبت دابة فلان بن فلان القاضي، ثم عزل فركب دابته حنث، وإن لم يكن قوله: القاضي إلا زيادة في تعريف عينه، فيجب أن يكون هنا مثله.

فإذا ثبت هذا وقلنا: القضاء لا يتعلق به اليمين، فإنه يرفعه إليه بعد عزله ويبر، فإن لم يرقعه حنث. وكذلك ما يراه بعد عزله يحتاج أن يرفعه إليه، فإن لم يفعل حنث. وإذا قلنا: يتعلق اليمين بالقضاء، فإذا عزل كان كما لو مات على ما قدمناه.

فرع

لو لم يسم فقال: لا أرى منكراً إلا رفعته إلى قاضٍ، فإن كان قاضياً أو عزل ثم رآه فعليه رفعه إلى القاضي بعده؛ لأنه لم يخص قاضياً دون قاضٍ، فإن مات الذي كان قاضياً [٢٣/ب] وقت يمينه قبل الرفع إليه أو عُزل وولي غيره رفعَهُ إليه برَّ بيمينه ولا يحنث هاهنا حتىٰ يرى منكراً ويمكنه الرفع إلى قاضٍ، ولا يرفعه حتى يموت فيحنث به.

فرع آخر

لو قال: لا أرى منكراً إلا رفعته إلى القاضي، قال أبو إسحاق: هذا التعريف وهو القاضي في بلده؛ لأنه المعروف والمعهود، ولو أمكنه الرفع إلى قاضي بلده في ذلك الوقت فلم يرفعه حتى مات ذلك القاضي حنث، ولا يبر بأن يرفع إلى القاضي بعده.

ولم يذكر أبو إسحاق في هذا القسم إذا رأى بعد موت قاضي البلد وتقليد غيره كيف الحكم، ويجب أن يقال: لا يجب رفعه إليه؛ لأن التعريف عنده تعلق بالقاضي الموجود في حال يمينه، ويكون حكم هذا القسم حكم مسألة الكتاب، فإن التعريف إذا رجع إليه كان بمنزلة ما لو عينه وعرّفه بيمينه. وقال القاضي الطبري: هذا مذهب أبي

إسحاق وقد ذكره في شرحه.

وقال بعض أصحابنا: إن لم يكن له نية المعهود كان للجنس، وهذا يصح على قول من قال من أصحابنا: إن الاسم المفرد إذا عرف بالألف واللام ظاهرة للجنس ويجعل للعهد بدليل، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآية، ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور: ٢] الآية، ونحو ذلك، فعلى هذا فإلى أي قاضٍ رفعه في ذلك البلد يبرَّ في يمينه، ولا يحنث بموته إذا ولي آخر رفعه إليه ويبرّ.

مسألة[١]: قَالَ: «ولو حَلَفَ مَا لَهُ مَالٌ وَلَهُ عَرَضٌ أَوْ دِينٌ حَنَثَ».

إذا حلف ما له مال وله شيء من العروض والعقار ونحو ذلك حنث. وقال أبو حنيفة: لا يحنث إلا أن يملك شيئاً من الأموال الزكاتية استحساناً؛ لأن عرف المال في الشرع ينصرف إلى الزكاتي لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، ودليلنا [٢٤/أ] أن العروض مال حقيقة، بدليل أن الله تعالى قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، ويجوز الترويح بالعروض، وقال ﷺ: «خير المال مهرة مأمورة، أو سكة مأبورة»[٢]. والمهرة المأمورة: الخيل الكثيرة النتاج، والسكة المأبورة: النخيل المصطفة المؤبرة. وقال مالك: لا يحنث إلا بالذهب والفضة دون غيرها، وهذا أيضاً لا يصح لما ذكرنا.

فرع

إذا قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق بمالي، فالحكم فيه كما ذكرنا في اليمين، ويتناول ذلك كل ما يتمول خلافاً لأبي حنيفة ومالك رحمهما الله.

فرع آخر

قال: لو كان له دين على إنسان، فإن كان حالاً حنث، فإن ذلك مال يملك أخذه والمطالبة به متى شاء كالوديعة، وإن كان مؤجلاً ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحنث؛ لأنه لا يملكه في الحال، وإنما يملكه بعد حلول الأجل، بدليل أنه لا يملك المطالبة به، وبه قال مالك رحمه الله.

والثاني: وهو الأصح يحنث؛ لأنه مال له وإن لم يملك المطالبة به كالدين على المعسر، وعدم المطالبة لا تخرجه عن كونه مالاً، كما لو آجر داره وسلمها إليه فليس له المطالبة بها وهي ماله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحنث به حالاً كان أو مؤجلاً، كما لو كانت له المطالبة بالشفعة وهذا غلط؛ لأن الزكاة تتعلق بالدين ولا تجب الزكاة إلا في المال، ولأنه لو قال: لفلانٍ عليَّ مال، وفسره بالدين فدل على أنه يسمى مالاً.

فرع آخر

لو كان يملك بضع زوجته لم يحنث. قال أصحابنا: وكذا لو ملك سائر المنافع؛

---

(١) انظر الأم (٥/٢٣٧).

(٢) أخرجه الطبراني في «مجمع الزوائد» (٥/٢٥٨) عن سويد بن هبيرة.

لأنها لا تسمى أموالاً وإن كانت في معنى المال.

فرع آخر

لو كان له مكاتب أو أم ولدٍ أو مدبرٌ يحنث لقبولها على ملكه، ذكره أصحابنا مشايخ خراسان. وقال صاحب «الحاوي»(١): [٢٤/ب] في أم الولد وجهان؛ **أحدهما**: لا يحنث لأنه لا يجوز أن يعوض عنها بمال بخلاف المكاتب إذا عجز.

فرع آخر

لو كان له مال مغصوب يحنث لبقائه على ملكه، وفي الضال وجهان؛ **أحدهما**: لا يحنث؛ لأن بقاءه مشكوك فيه.

والثاني: يحنث؛ لأن الأصل بقاءه.

فرع آخر

لو كان له وقف، فإن قلنا: رقبة الوقف غير داخلة في ملكه لم يحنث، وإن قلنا: رقبة الوقف داخلة في ملكه فيه وجهان كأم الولد، ولو نوى مالاً دون مالٍ فهو على نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

فرع آخر

لو قال: ما لي إلا مائة درهم ولم أملك إلا خمسين درهماً، ونوى أنه لا يملك زيادة على مائةٍ لم يحنث، وإن أطلق ففيه وجهان.

مسألة: قَالَ(٢): «وَلَوْ حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ مائَةَ سَوْطٍ».

الفصل

في هذا مسائل؛ **إحداها**: أن يجمع مائة سوطٍ ويشدها وضربه بها ضربة واحدة، وتحقق أن المائة كلها أصابته فقد برَّ في يمينه. وقال مالك رحمه الله: لا يبرّ حتى يضربه مائة سوطٍ متفرقة، وبه قال أحمد، وهذا لا يصح لقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] فدل أنه يبر بذلك، ولأن حقيقة الضرب أن يصيب المضروب من يد الضارب، وهذا يوجد في الضرب بالجمع كوجوده بالمتفرق فحصل البر بهما.

فرع

لو حلف ليضربنه مائة ضربة، فجمع مائة سوط أو مائة شمراخ فضربه بها دفعة واحدة هل يبر بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يبر؛ لأنه ما ضرب إلا ضربةً واحدةً فصار كالرامي سبع حصيات في رمي الجمار تعد رمية واحدة؛ لأن هاهنا جعل العدد للضربات، وفي المسألة الأولى جعل العدد الأسواط.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٥١).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).

والثاني: يبرُّ به؛ لأن كل سوط يحصل به ضربة، ألا ترى أن الزاني إذا ضرب به [٢٥/أ] سقط عنه الحد.

فرع آخر

متى وقع اسم الضرب فقد برَّ، سواء ألمه بذلك أو لم يؤلمه، نص عليه. وقال مالك: لا يبر إلا بأن يألم بالضرب؛ لأنه يشترط الإيلام في ضربه الحد والتعزير، وهذا لا يصح؛ لأن اسم الضرب يتناوله مؤلماً كان أو غير مؤلم، يقال: ضربٌ مؤلمٌ، وضربٌ غير مؤلم، فإذا تناوله الاسم برَّ به ويخالف الحد والتعزير؛ لأن الغرض بهما الردع والزجر، ولا يحصل ذلك إلا بالإيلام، وهٰهنا الاعتبار بما يتناوله وله الاسم فلا يشترط فيه الألم. ولو وضع عليه السوط ورفعه لا يبر به بلا خلاف.

فرع آخر

لو علم أن الجميع لم يماسه لم يبر؛ لأن الضرب لم يحصل بكماله ومماسته الجميع أن يقع البعض فوق البعض حتى يصل إليه شدة الكل.

فرع آخر

لو شك هل أصابه الكل أم لا ظاهره قال هٰهنا: إنه يبر، والورع أن يحنث نفسه. قال المزني: هذا خلاف قوله: ليفعلن كذا إلا أن يشاء فلان فمات فلانٌ حنث، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وعند أبي حنيفة والمزني هاهنا لا يبر.

وقال القفال: هاهنا قول آخر لا يبر أيضاً كما في مسألة المشتبه، وهما كالقولين في إعتاق العبد الغائب الذي لا يعرف حياته عن الكفارة، ففي قول يعتبر براءة الذمة، والأصل أنها لم تبرأ، بل هي مشتغلة بالكفارة، وفي قول يعتبر أصل بقاء العبد، كذا هاهنا يعتبر أحد القولين ظاهر إصابته الكل، وفي الثاني يعتبر أن الأصل أنه لم يبر ما لم يتيقن.

ومن أصحابنا من أنكر هذا وقال: مالم يماسه في السياط فقد يقل ما ماسه، فقد حصل معنى الضرب بالمماس وغير المماس، وهذا خلاف نص الشافعي رضي الله عنه؛ لأنه قال: أحاط أنها لم تماسه كلها لم يبر.

ومن أصحابنا من قال: إذا شك في الإصابة ولم يغلب على ظنه شيء حنث، وإن لم يتيقن الإصابة وغلب على ظنه [٢٥/ب] الكل برَّ. وقال أبو حنيفة والمزني: لا يبر؛ لأن الأصل عدم الإصابة مالم يتيقن وهذا لا يصح؛ لأن غلبة الظن أجريت في الحكم مجرى اليقين، كما يحكم بخبر الواحد والقياس على غلبة الظن.

فرع آخر

لو قال: مائة سوط لم يبر بعثكال النخل، ولو قال مائة خشبة برَّ بالعثكال.

فرع آخر

لو كان عليه لباسٌ يمنع وصول الضرب إلى بشرة بدنه، فإن كان كثيفاً يخرج عن

العرف ويمنع من الإحساس بالضرب لم يبر، وإن كان مألوفاً لا يخرج عن العرف ولا يمنع من الإحساس بالضرب يبر وإن لم يألم.

فرع آخر

لو قال: ليضربن عبده مائة مرةٍ فعليه في البر أن يفارقها، ولا يجوز أن يجمعها، فإن جمعها وضربه كانت مرة، ولو قال: أضربك بمائة سوطٍ وضربه بها جاز وإن لم يصل جميعها إلى بدنه على ما ذكرنا؛ لأن دخول الباء على العدد لم يجعله صفة لآلة الضرب ولا يجعله صفةً لعدد المضروب، ولو قال: أضربك مائة سوطٍ وحذف الباء من العدد لزم البر أن يصل جميعها إلى بدنه؛ لأنه جعله صفةً لعدد الضرب دون الآلة، ذكره في «الحاوي».(١)

مسألة: قَالَ(٢): «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَهَبُ لَهُ هِبَةً فَتَصَدَّقَ عَلَيْهِ أَوْ نَحَلَهُ أَوْ أَعْمَرَهُ فَهُوَ هِبَةٌ».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يهب لفلانٍ هبة فإن هذا يتناول جميع أنواع التمليك بغير عوضٍ في حال الحياة، فإن وهب له شيئاً أو أهدى إليه هدية وأقبض، وإن لم يتقدمها عقد، أو كان ابنه فنحله أو أعمره، أو تصدق عليه صدقة تطوع يحنث بجميع ذلك، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: لا يحنث في صدقة التطوع؛ لأن الصدقة لا تسمى هبة، ولهذا كانت الصدقة لا تحل لرسول الله ﷺ وتحل له الهدية والهبة وهذا لا يصح؛ لأن [٢٦/أ] المسكين الذي يتصدق عليه بشيء لا يتحاشى في العبارة أن يقول: وهب لي فلان كذا، ولأن الهبة اسم عام لجميع التمليكات بغير عوض، إلا أن كل نوع منها مختص باسم، فإذا وهب النضير من النضير يقال: هبة، وإذا وهب لمن هو أعلى منه يقال: هدية، وإذًا وهب الولد يقال: نحله، وإذا وهب الفقير يقال: صدقة حنث بكلها، وهو كاسم الرطب يتناول أنواعاً كثيرة. وأما صدقة التطوع هل كانت تحل لرسول الله ﷺ فيه قولان.

فرعٌ

لو أوصى بمالٍ لم يحنث؛ لأنه ليس بتمليك عين في حال الحياة، وإنما يحصل التمليك منها بالموت والقبول، وإذا مات سقطت.

فرع آخر

إذا عقد الهبة ففي زمان حنثه وجهان مخرجان من القولين متى يملك الهبة؟
أحدهما: بالقبض، فيحنث وقت إقباضها.
والثاني: يدل بالقبض على ملكها وقت عقدها فيحنث وقت العقد.

فرع آخر

إذا عقد الهبة وسلم فلم يقبلها الموهوب له وردها هل يحنث؟ فيه وجهان:
أحدهما: لا يحنث؛ لأن الهبة لم تتم تخريجاً من قوله أنه ملكها بالقبض.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٦٢). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).

والثاني: يحنث؛ لتعلقها بفعله تخريجاً من قوله أنها تملك بالعقد. ذكره في «الحاوي»[1]، وقد ذكرنا هذا فيما قبله مختصراً.

فرع آخر

لو تصدق عليه صدقة فرضٍ لم يحنث لخروجها عن تبرع الهبات، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، ولو حاب في بيع لم يحنث لخروجها عن الهبة، ولو أبرأ من دين عليه، فإن قلنا القبول شرط في صحته حنث، وإن قلنا لا يشترط القبول ففي صحته وجهان: **أحدهما**: يحنث به؛ لأنه نوع من الهبة.

والثاني: لا يحنث به لتعلقه بالذمة دون العين.

فرع آخر

لو عفا عن قود عليه [٢٦/ب] لم يحنث؛ لأنه ليس ملكٍ، وكذلك لو عفا عن الشفعة.

فرع آخر

لو وقف عليه وقفاً، فإن قلنا: إن رقبة الوقف لا تُملك لم يحنث به وإن قلنا: تُملك ففي حنثه به وجهان؛ **أحدهما**: يحنث لنقل ملكية بغير بدلٍ.

والثاني: لا يحنث؛ لأن ملكه غير تامٍ لمنعه من كمال التصرف فيه.

فرع آخر

لو دعاه إلى طعام وليمة لم يحنث به؛ لأن طعام الوليمة غير موهوب، وإنما هو مأذون في استهلاكه على صفةٍ مخصوصة.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: «فإن أسكنه داراً فهي عارية لم يملكها إياه، ومتى شاء رجع» فلا ينطلق عليه اسم الهبة ولا يحنث. وحكي عن مالك رحمه الله أنه قال: يحنث بالعارية والوقف.

فرع آخر

لو حلف لا يتصدق فتصدق على غني حنث، ذكره أصحابنا بخراسان. وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأن الصدقة على الغني هبة. ولو حلف لا يتصدق فوهب لم يحنث بلا خلاف، كما لو حلف لا يأكل خوخاً فأكل غيره من الفواكه لا يحنث؛ لأنه غير الذي خصه بالاسم.

مسألة: قَالَ[2]: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبَ دَابَّةَ العَبْدِ فَرَكِبَ لَمْ يَحْنَثْ».

الفصل

صورة المسألة أن يحلف لا يركب دابة العبد فركب دابةً جعلها السيد برسم عبده يركبها

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٥٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).

لم يحنث. وقال أبو حنيفة: يحنث؛ لأن هذه الدابة تضاف إلى عبده ولا تضاف إليه، وهذا لا يصح؛ لأن العبد لا يملكها، والإضافة تقتضي الملك في حق من يملك، فإذا لم يملكها المحلوف عليها لم يحنث الحالف، كما لو ركب دابة استعارها المحلوف عليه لم يحنث الحالف، ولأن الدابة الواحدة لا تنسب إلى اثنين في حالةٍ واحدةٍ على طريق الحقيقة، وقد ثبت أنه لو قال: لا ركب دابة سيده فركب دابةً جعلها برسم عبده يحنث، وأما ما ذكروه فلا يصح؛ لأن اليمين تحل على الحقيقة دون المجاز إذا كان لها [٢٧/أ] حقيقة ومجاز، وكذلك الخلاف إذا قال: والله لا دخلت داراً الليلة، فدخل داراً لا يسكنها لا يحنث في يمينه؛ لأن الدار لغيره خلافاً لأبي حنيفة، وبقوله قال المزني.

فرعٌ

لو حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة جعلها زيدٌ لركوبه يحنث عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة فلانٍ فملكه سيده دابةً. فإن قلنا: يملك العبد بالتملك حنث، وإن قلنا: لا يملك لا يحنث.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة زيدٍ فركب دابةً لمكاتبه لا يحنث؛ لأن السيد لا يملكها ولا ينفذ تصرفه فيها.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة ملكها زيد عبده، قال صاحب «الإفصاح»: يحنث؛ لأنه المالك حقيقة. وقال بعض أصحابنا: هذا مبني على أنه يملك بالتمليك، فإن قلنا يملك بالتمليك لا يحنث، وإن قلنا: لا يملك يحنث.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة المكاتب فركب دابة له، قال أبو حامد: يحتمل أن يقال: لا يحنث؛ لأنه له الملك حقيقة، ويحتمل أن يقال: يحنث؛ لأنه يتصرف فيه تصرف المالك، ويملك ملكاً ضعيفاً، وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا أظهر؛ لأنه إذا لم يضف إلى سيد المكاتب لا بد من إضافتها إليه.

فرع آخر

لو قال: لا أركب سَرج هذه الدابة، أو دابة الطبل حنث بركوب السرج الذي هو برسم تلك الدابة؛ لأن مقصوده بذلك التعريف لا التمليك ولذلك لو قال: لا آكل ثمرة هذه النخلة أو طعام هذه القرية فأكل حنث.

فرع آخر

لو قال: لا أدخل داراً في كانجار بابل أو خان يحي بنيسابور حنث بدخوله في ذلك

الموضع وإن مات من أضيف إليه ذلك كما ذكرناه.

فرع آخر

[٢٨/ب]: لو حلف لا يملك عبداً وله مكاتب لا يحنث، نص عليه، وقال في «الأم»: «ولو ذهب ذاهب إلى أنه عبدٌ ما بقي عليه درهم» فإنما يعني به أنه عبدٌ في حال دون حال؛ لأنه لو كان عبداً لكان مسلطاً على بيعه وأخذ كسبه، فقد قيل: هذا قولٌ آخر.

وقال صاحب «الإفصاح»: لا نجعل هذا قولاً آخر؛ لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ألزم نفسه شيئاً وانفصل عنه فلا يجعل بذلك قول آخر.

فرع آخر

لو قال: لا ضربت عبد زيدٍ، فوهبه زيد ولم يقبضه، أو جنى فتعلق أرش الجناية برقبته فضربه حنث؛ لأن ملكه لم يزل بعد كما لو رهنه.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ قَالَ: مَالِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوْ صَدَقَةٌ عَلَى مَعْنَى الأَيْمَانِ».

الفصل

هذه المسألة بالنذر أشبه منها بالأيمان، غير أن المزني أوردها هاهنا لتعلقها بالأيمان، والحكم فيها أن الرجل إذا نذر نذراً أخرجه مخرج اللجاج والغضب، بأن يقصد به منع نفسه عن فعل شيء أو إلزامها فعل شيء، فيقول: إن فعلت كذا فمالي صدقة، أو إن لم أفعل كذا فمالي صدقة، فوجد شرطا ذلك لزمه حكمه. واختلف العلماء فيما يلزمه على سبعة مذاهب:

فذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ إلى أنه بالخيار بين أن يفي بنذره وبين أن يكفر كفارة يمين، وبه قال عمر، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة، وحفصة، وزينب، وأم سلمة ـ رضي الله عنهم ـ وعطاء، وطاوس، وعبيد الله العنبري، وشريك، والحسن، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور. وقال في كتاب «الاعتكاف»: لو قال: إن فعلت كذا وكذا فعلي اعتكاف شهرٍ، وكان قد فعل ذلك الشيء فعليه اعتكاف شهرٍ.

ومن أصحابنا من قال: الواجب الكفارة، [٢٨/أ] وإذا أخرج ماله كان زيادة على الكفارة، واختلف أصحابنا فيه على طرقٍ:

إحداها: فيه قولان؛ **أحدهما**: أنه مخير.

والثاني: يلزمه الوفاء فقط.

والثانية: قولاً واحداً هو مخير، وما ذكره في الاعتكاف ليس بقولٍ ثانٍ، بل هو أحد الشيئين المخير فيهما.

والثالثة: قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان؛ **أحدهما**: أنه مخير.

والثاني: يلزمه كفارة؛ لأنه يمين لا نذر. وقد قال الشافعي رضي الله عنه: القياس أن عليه كفارة يمين.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٧).

والرابعة: فيه ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: يلزمه كفارة اليمين ولكنه إن وفى بما ذكره أجزأه، وهذا العبد في القياس عبد عبدٍ.

وقال في «الحاوي»(١): إذا قلنا بالتخيير فيه وجهان:

أحدهما: الواجب عليه أحدهما وهما في الوجوب سواء، وله الخيار فيما شاء منهما. **والثاني**: الواجب عليه الكفارة وله إسقاطها بالنذر؛ لأن حكم اليمين أغلب وهي بالله أغلظ وإن كان الوفاء بالنذر أفضل.

وقال الحكم وحماد والنخعي: لا يلزمه بهذا القول شيء بحالٍ؛ لأنه وصف ماله بما لا يصير موصوفاً به. وقال ربيعة: يلزمه أن يتصدق بقدر الزكاة من الأموال الزكاتيّة؛ لأن المطلق محمول على معهود الشرع، وإنما يجب في الشرع من المال قدر الزكاة.

وقال مالك، والزهري، وأحمد في رواية: يلزمه أن يتصدق بثلث ماله، واحتج بأن أبا لبابة قال: يا رسول الله، أتأذن لي أن أنخلع من مالي كله؟ فقال: «يجزيك منه الثلث»، فثبت أن الثلث يقوم مقام الكل.

وقال أبو حنيفة: يلزمه أن يتصدق بجميع أمواله الزكاتية دون غيرها، فإن لم يكن له إلا المال الزكاتي أمسك منه قدر النفقة ثم قضى ذلك إذا أيسر. وقال عثمان البتي: يلزمه التصدق بجميع ماله الزكاتي وغير الزكاتي، كما لو قال: إن شفى الله مريضي [٢٨/ب] فلله عليَّ التصدق بمالي، وهو رواية عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ وقال جابر بن زيد أبو الشعثاء: إن كان ماله كثيراً يتصدق بعشره، وإن وسطاً يتصدق بسبعه، وإن كان قليلاً يتصدق بخمسه، والكثير ألفان، والوسط ألف، والقليل خمسمائة. ودليلنا ما روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «من حلف بالمشي والهدى، أو جعل ماله في سبيل الله أو المساكين، أو في رتاج الكعبة فكفارته كفارة يمين»(٢) وأيضاً فبدايته بداية الأيمان، ونهايته نهاية النذر فخبرنا بين حكميهما. وروى سعيد بن المسيب أن أخوين كان بينهما ميراث، فسأل أحدهما صاحبه القسمة، فقال: إن عدت سألتني القسمة لا أكلمك أبداً وكل مالي في رتاج الكعبة، فقال له عمر ـ رضي الله عنه ـ: إن الكعبة غنية عن مالك، كفر عن يمينك وكلم أخاك، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يمين عليك ولا نذر في معصية الرب»(٣). وقال في قطيعة الرحم: «ولا فيما تملك». وأصل الرتاج الباب، ولم يرد به الباب نفسه، وإنما المعنى أن يكون ماله هدياً إلى الكعبة، أي في كسوة الكعبة والنفقة عليها.

وروي أن رجلاً سأل عائشة ـ رضي الله عنها ـ عمن قال: كل مالي في سبيل الله، أو كل مالي في رتاج الكعبة، ما يكفر ذلك؟ فقالت: يكفره ما يكفر اليمين(٤).

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٦٠).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٣٧)، وفي «معرفة السنن» (٥٨٢١).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٧٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٣٨)، وفي «معرفة السنن» (٥٨٢٢).

(٤) أخرجه أبو داود في «الكبرى» (٢٠٠٣٦).

وروى عقبة بن عامر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة اليمين»[(١)]، وهذا معتبر في نذر اللجاج، فإن في نذر النذور لا تجري الكفارة. وروي عن أبي رافع أن مولاته حلفت بالمشي إلى بيت الله، وكل مملوك لها حر، وهي يوماً يهودية ويوماً نصرانية، وكل شيء لها في سبيل الله إن لم تفرق بينه وبين امرأته، فسألت [٢٩/أ] ابن عمر، وابن عباس، وأبا هريرة، وعائشة، وحفصة، وأم سلمة ـ رضي الله عنهم ـ فكلهم: كفري عن يمينك وخلي بينهما، ففعلت[(٢)].

وروى عمران بن حصين ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا نذر في غضب، وكفارته كفارة يمين»[(٣)].

وأما ما ذكره النخعي فلا يصح؛ لأنه ألزمَهُ وهو قربة في نفسه فيستحيل ألا يلزمه شيء. وأما ما ذكره ربيعة فلا يصح؛ لأن الزكاة تجب مواساةً من المال، وهاهنا تصدق بجميعه. وأما ما ذكره مالك، قلنا: أبو لبابة كان من الثلاثة الذين خلفوا، فأراد أن يتبرع بماله على سبيل الله والشكر، ولم يكن أوجب ذلك؛ لأنه يقابله ما روي أن أبا بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ تصدق بجميع ماله فأقره رسول الله ﷺ على ذلك.

وأما ما ذكره أبو حنيفة فلا يصح؛ لأن نذر التبرر لم يخرج مخرج اليمين بخلاف هذا. وأما ما ذكره جابر بن زيدٍ فلا يصح لما ذكرناه.

فإذا تقرر هذا فما تعلق بهذا النذر على ثلاثة أضرب:

أحدها: صدقة المال، أو الصوم، أو الصلاة، أو الاعتكاف، فإذا وجد شرطه تخير على المذهب الصحيح.

والثاني: إن تعلق به طلاقاً أو عتاقاً يلزمه ذلك عند وجود الشرط؛ لأنهما ينتجزان عند وجود الشرط، وصورته أن يقول: إن كلمت فلاناً فعبدي حرٌ، أو امرأتي طالق. ولو قال: إن كلمت فلاناً فلله عليَّ أن أعتق عبداً، فكلمه كان مخيراً بين العتاق والكفارة على ما ذكرنا. والفرق أنه رفع العتق والطلاق بشرط هناك، فإذا وجد الشرط وقعا، وهاهنا التزم في الذمة بالشرط، فإن لم يكن الشرط فيه عوضاً لم يلزم.

والثالث: [٢٩/ب] إن تعلق به حجاً فالمنصوص أنه مخير. ومن أصحابنا من قال: يلزمه الحج، والفرق بينه وبين سائر العبادات أن الحج يلزم بالدخول فيه، فكذلك بالنذر بخلاف الصوم والصلاة.

ومن أصحابنا من قال: قال المزني: قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: ومن حنث بالمشي إلى بيت الله الحرام ففيه قولان: **أحدهما**: قول عطاء عليه كفارة يمين، ومذهبه أن أعمال البر لا تكون إلا في فرض الله تعالى، وسكت الشافعي عن القول الثاني

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٩/١٦٤٥)، وأبو داود (٣٣٢٣)، والترمذي (١٥٢٨)، والنسائي (٣٨٣٢).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٤٣).

(٣) أخرجه النسائي (٣٨٤٦)، وأحمد (٤/٤٣٣)، وعبد الرزاق (١٥٨١٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٦٨)، والحاكم (٤/ ٣٠٥).

إيجاب الوفاء. ومنهم من أراد بالقول الثاني التخيير بين الوفاء وبين الكفارة. ففي هذه المسألة ثلاثة أقاويل كالمسألة الأولى، وهي منصوصة في مواضع متفرقةٍ.

ومن أصحابنا من قال: ليس على قولين عنده، وإنما حكى خلاف الناس على قولين، واختار لنفسه قول عطاءٍ، ومعناه أنه يجزئه كفارة اليمين لا أنه تتعين الكفارة. ومن خرج من هذه المسائل على قولين فإنما خرج القول الآخر من الاعتكاف على ما ذكرنا، وقدر المزني أنه خرجه على قولين فقال: قطع بأنه قول عددٍ من أصحاب رسول الله ﷺ والقياس، فلا وجه للقول الآخر، والجواب عنه ما ذكره هذا القائل.

قال المزني: وقد قال الشافعي في موضع آخر: لو قال: لله عليَّ نذر حج إن شاء فلان، فشاء لم يكن عليه شيء، إنما النذر ما أريد به الله تعالى ليس ما أريد به الخلق. الخلق والشائي غير الناذر، فمال المزني إلى هذا القول وهو إيجاب الكفارة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هو الكفارة كما في الأيمان يحنث لا يتخير بينهما وبين غيرها، وهو ظاهر قول عطاء، وهو القياس. وقال في «الحاوي»(١): [٣٠/أ] إذا علق به الحج قال في «الأم»: فيه قولان، فوهم أبو حامد وخرج مذهبه على قولين؛ **أحدهما**: يتخير، **والثاني**: يلزمه الحج؛ لأن الحج في الالتزام بخلاف الصدقة، والصوم، والصلاة.

وقال جمهور أصحابنا مذهبه لا يختلف فيه كما لم يختلف في غيره، وأنه مخير بين الحج والكفارة قولاً واحداً كما في الصدقة والصلاة، وحملوا قول الشافعي: «فيه قولان» أي تفقهاً؛ لأن لهم في الصدقة أقاويل وليس لهم في الحج إلا قولان، ومذهبه التخيير قولاً واحداً في الكل.

وأما قول الشافعي هاهنا: «والتبرر أن يقول: لله عليَّ إن شفاني الله أن أحج له نذراً قال أصحابنا هذا يدل على أنه إذا قال: لله عليَّ أن أتصدق بمالي لم يلزمه شيء حتى يعلقه بمعنىٰ، فيقول: إن شفى الله مريضي، أو رد عليَّ غائبي، أو آتاني مالاً». ومن أصحابنا من قال: لا يدل على هذا المعنى؛ لأن الشافعي قال: «لو قال لله عليَّ أن أحج في عامي هذا كان عليه أن يحج» وإنما أراد الشافعي أن يبين أن أقل اليمين يخالف النذر، وهذا ظاهر المذهب. وقد فرع في مسائل الاعتكاف ولم يشترط فيه أن يكون على المجازاة، وبه قال ابن سريج، وابن أبي هريرة، والأصطخري، ولأن نذر الهدي المسمى لبيت الله الحرام لا يتعلق بالمجازاة بالإجماع، وكذلك إيجاب الضحايا، وكذلك سائر القربات والطاعات، فحصل من هذا أن النذر ضربان؛ نذر تبرر، ونذر لجاجٍ وغضبٍ.

فأما نذر اللجاج فيه طرق؛ **أحدها**: قول واحد وهو التخيير.

والثانية: قولان التخيير والوفاء.

والثالثة: ثلاثة أقوال على ما ذكرنا.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٦١).

والرابعة: قولان كفارة اليمين والتخيير.

والخامسة: قول واحد وهو كفارة اليمين، وهو اختيار كثير من مشايخ خراسان.

وأما نذر التبرر فضربان: **أحدهما**: ما يقصد به المجازاة بأن يستجلب نعمةً، مثل أن يقول: إن رزقني الله ولداً أو علماً، أو شفى مريضي فلله عليَّ كذا، أو يدفع به نعمة بأن يقول: [٣٠/ب] إن نجاني الله من ظلم فلانٍ أو من الغرق أو الحرق، فلله عليَّ كذا، فهذا يلزمه الوفاء به بلا خلاف عند وجود الشرط لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقال تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ [التوبة: ٧٥] الآية، فذم من لم يف بنذره، ولأنه في مقابلة شرطٍ بمنزلة المعاوضات، فإذا وجد الشرط لزم كما يلزم الثمن في مقابلة الثمن.

والثاني: ما يبتدىء به النذر مطلقاً من غير المجازاة فهو على خلافٍ بين أصحابنا؛ فقال الجمهور: يلزم الوفاء به قولاً واحداً، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ. وقال أبو إسحاق والصيرفي: لا يلزم الوفاء به، وبه قال أبو يوسف، وهذا لأن حقوق الآدميين إنما تلزم ما كان في مقابلها عوض كالبيع، وما لا عوض في مقابلها لا تلزم، فكذلك حقوق الله تعالى بالنذر لا تجب إلا أن يكون في مقابلته عوض.

وحكى غلام ثعلب عن ثعلب أنه قال: النذر عند العرب وعد بشرطٍ. ودليلنا أنه ألزم نفسه غرامة على وجه التبرر فيلزمه كما لو ألزم نفسه أضحيته. وأما ما ذكر ثعلب فلا يصح؛ لأن العرب تسمي الملتزم نذراً. وأما ما ذكروه فلا يصح؛ لأن الأضحية والضمان عن الغير يلزمان بغير عوضٍ. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان مخرجان، أو وجهان، والصحيح الطريقة الأولى.

فرع

لو قال: إن رأيت فلاناً فلله عليَّ أن أحج، سُئل فإن قال: أردت إن رزقني الله رؤيته فرأيته كان عليه الحج. وإن أراد به اليمين كان حالفاً فيتخير بين الوفاء وبين كفارة اليمين.

قال أصحابنا: وكذلك لو قال: إن دخلت مكة فلله عليَّ أن أعتق رقبة، فإن أراد إن رزقني الله دخولها فهو نذرٌ، وإن أراد معنى اليمين، أي لأدخلنها فهو مخير على ما ذكرنا. وكذلك لو قال: إن سلمت علىٰ فلانٍ فلله عليَّ كذا، يحتمل هذين المعنين.

فرع آخر

لو قال: إن دخلت الدار [٣١/أ] فمالي عليَّ حرام فهو موقوف على ما حرمه رسول الله ﷺ على نفسه في مارية القبطية حتى أنزل الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] الآية، روى الأكثرون أنه حرم مارية، فعلى هذا لا يلزم الحالف في تحريم غير ذات الفروج من ماله شيء، ويكون اليمين فيه لغواً. وروي أن الذي حرمه الغسل فعلى هذا يلزم الحالف تحريم ماله، وعليه كفارة يمين كما يلزم في تحريم ذات الفروج كفارة يمين.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي تصدقت بمالي، وقد ذكرنا أنه يلزمه الوفاء به، وفي قدر ما يستر به عورته وجهان؛ **أحدهما**: يتصدق به لاستثنائه بالشرع في حقوق الله تعالى.

والثاني: يلزم ذلك لعموم اللفظ.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي فلا ألبس جديداً ولا آكل الحلوى لا ينعقد ولا يلزم الوفاء به.

فرع آخر

لو قال: إن هلك فلانٌ وهبت داري لفلانٍ، فإن كان الهالك من أعداء الله تعالى انعقد به الشرط؛ لأنه طاعة، وإن لم يكن كذلك فلا ينعقد به الشرط. ثم إن كان الموهوب له ممن يقصد بهبته الأجر والثواب لزمه الجزاء؛ لأنه طاعة، وإن كان ممن يقصد به التواصل والمحبة لم يلزم به الجزاء لأنه مباح.

فرع آخر

لو قال: إن سَلِم مالي وهلك مال فلان أعتقت عبدي وطلقت امرأتي، انعقد نذره على سلامة ماله ولم ينعقد على هلاك مال غيره؛ لأن ما شرطه من سلامة ماله مباح، وما شرطه من هلاك مال غيره معصية، ولزمه في الجزاء عتق عبده ولا يلزمه الطلاق؛ لأن الجزاء بالعتق طاعةٌ، والجزاء بالطلاق مباحٌ.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ نذرٌ، ينصرف إطلاق هذا النذر إلى الصدقة؛ لأنها الأغلب من عرف النذور، ولا يتعذر إطلاقها بمالٍ فجاز تقليل المال اعتباراً بالاسم.

فرع آخر

لو قال: [٣١/ب] أيمان البيعة لازمة لي، لم يلزمه بإطلاق هذا شيء ولا ينعقد به يمين؛ لأن البيعة التي كانت على عهد رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين كانت أخذاً باليد بلا يمين، وإنما أحدثت الأيمان في بيعة الحجاج بن يوسف، فأدخل أيماناً بالله تعالى، وبالعتاق، والطلاق، والحج، وصدقة المال، فإذا قال: أيمان البيعة لازمة لي ينصرف ذلك إلى البيعة الشرعية، وليس فيها يمين. فإذا قال ذلك وعنى به الأيمان التي رتبها الحجاج نُظر، فإن قال: بطلاقها وعتاقها فقد صرح بذكرها، فلا تحتاج إلى النية وتنعقد يمينه بالطلاق والعتاق، وإن لم يصرح بذلك ونوى أيمان البيعة هذه التي فيها الطلاق والعتاق انعقدت يمينه بالطلاق والعتاق خاصةً؛ لأن اليمين بها تنعقد بالكناية مع النية، وليس ذلك من أجل ذكر البيعة.

وقال في «الحاوي»: لو قال: عليَّ أيمان البيعة انصرف ذلك عن بيعة الرسول ﷺ؛

لأنه لم يكن في بيعته يمينٌ وتوجه إلى بيعة الحجاج لانعقادها على يمين، والحكم على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا قال: إن كلمت زيداً وشفى الله مريضي فلله عليَّ أن أحج، هل يخير بين الوفاء والكفارة عند وجود الشرطين على قول التخيير في نذر اللجاج؟ قال والدي ـ رحمه الله ـ: القياس يقتضي أنه يخير؛ لأن التخيير هناك إنما يثبت لاجتماع الشبهين فيه، وهذا المعنى موجود هاهنا فوجب إثبات التخيير.

فرع آخر

لو حلف ثم نوى في الليل أن يصوم غداً عن كفارة اليمين ثم حنث صحت هذه النية، وإذا طلع الفجر بعد وجوب الكفارة، وإن كنا نقول لا يجوز تقدم الصوم على الحنث في كفارة اليمين؛ لأنه من صحة النية لا يعتبر وجوب الصوم، وإن اعتبر في صحة الصوم وجوبه، ألا ترى أنه ينوي في الليل صوم الغد من رمضان [٣٢/أ] فيجوز، وإن لم يكن الصوم ثابتاً في الذمة في تلك الحالة، ولا يصح منه صومه إلا في الوقت الذي ثبت وجوبه، ومحل نية الصوم محل طهارة الصلاة قبل دخول وقت الصلاة وإن لم تكن واجبة فيه، ولا تصح الصلاة قبل وجوبها كذلك في الموضع مثله، ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن النية في مسألة الكفارة لا تصح؛ لأن النية عبادةٌ على البدن، وهو في حال النية غير مخاطب بصوم الغد ويخالف صوم رمضان؛ لأنه مخاطب في حال النية بصوم الغد، وهذا الوجه ذكره والدي ـ رحمه الله ـ.

فرع آخر

إذا حلف وحنث ثم حلف ولم يحنث، ثم أعتق رقبة بنية الكفارة ولم يعين، وأراد صرف هذا العتق إلى كفارة اليمين الثانية هل له ذلك؟ قال والدي ـ رحمه الله ـ:

يحتمل وجهين: **أحدهما**: له ذلك كما لو كانتا واجبتين عليه؛ لأن جواز كفارة اليمين قبل الحنث وبعد الحلف كجوازها بعدهما.

والثاني: يكون العتق عن الواجب وقد تعين عنه عند الوقوع؛ لأنه إذا عين بالنية إحدى الكفارتين الواجبتين عليه تعين في ذلك المزية الحاصلة بنيته التي أحدثها، وهاهنا المزية حاصلة بالوجوب فانصرف إليه دون غيره.

وهكذا إذا كان عليه دينان مثلان مؤجل ومعجل وماله مرهون بالمؤجل، فقضى أحدهما من غير تعيين ولا نية، ثم أراد صرفه إلى المؤجل احتمل ما ذكرناه من الوجهين.

فرع آخر

إذا حلف لا شيء عليه لفلانٍ، فقبل شهد شاهدان أن عليه لفلانٍ كذا وكذا، وأنه كان عليه عند هذا الحلف حنث في الحكم ووقع الطلاق إن كان الحلف به؛ لأن الشاهدين صحة في الطلاق، والثاني وهو كالطلاق المعلق بدخول الدار، فإذا صح

الدخول بالشهادة، كان كصحته بالإقرار في وقوع الطلاق، فكذلك إذا كانت الصفةُ [٣٢/ب] وجوب الحق عليه، ولا يصح أن يقال: يجوز أن يكون وفَّر المال على صاحب الحق والشهود لا يعلمونه، فلا يقع الطلاق بالاحتمال؛ لأن هذا الموضع من وقوع الطلاق يمنع من وجوب المال أيضاً، ويمنع من قبول الشهادة في مسألة الدخول لاحتمال كذب الشهود، ويمنع من قبول الشهادة على أصل الطلاق لاحتمال الكذب، فلما حمل على الظاهر في هذه المواضع يحمل على الظاهر فيما نحن فيه، فلو شهد شاهدان في ذلك المجلس أن عليه لفلانٍ كذا، ولم يكن، وكان عليه عند الحلف احتمل ألا يقبل في وقوع الطلاق لجواز وجوبه بعد اليمين في ذلك المجلس، بأن يعقد وكيله بعد اليمين عقداً أو يجيئه الرَّاد للآبق به، وكان شرط له جعلاً ونحو ذلك من الأسباب التي قد لا تظهر، ويكون الحالف عارفاً بها والشهود كمثله ولكنهم يشهدون من غير بيان السبب، فإذا أمكن هذا لم يجز إيقاع الطلاق بالاحتمال.

فرع آخر

قال والدي ـ رحمه الله ـ: إذا قدم الإطعام على وقت الوجوب كأنه خرج خطأ وهو عادم للرتبة ولا يستطيع الصوم، فأطعم ستين مسكيناً قبل ثبوت الخروج، هل يصح الإطعام؟ عندي أنه ينظر، فإن كان شيخاً كبيراً لا يستطيع الصوم بحالٍ صح الإطعام، وإن كان مريضاً ولكن يرجى زوال مرضه احتمل أن لا يجوز؛ لأن الإطعام إنما يجوز عند العجز عن أصله وهو الصوم، وهذا إنما يعتبر عند وجوب الصوم وقبل الموت لم يكن الصوم، وإن أطعم ربما يكون قادراً على الصوم في وقت الوجوب، وهو عقيب موت المخرج، ولا تجوز عبادة البدن موقوفة على شرطٍ متأخر عنها، ويحتمل جوازه؛ لأنه حق مالٍ يتعلق بالكفارة فصح تقديمه كالعتق، وفي الشيخ الهرم أيضاً نظر.

فرع آخر

إذا مات وعليه كفارة القتل وهو عادم للرقبة وله مال، [٣٣/أ] الظاهر أنه يُطعم عنه من جهة أن أداء الصوم إذا تعذر بالموت بعد الإمكان يوجب الإطعام كقضاء رمضان، فإن كان هذا الصوم لا بدل له من حيث الإطعام في حال الحياة. ولو صار هذا المكفر شيخاً هرماً بعد الإمكان لا يجوز الإطعام لجواز أن يتمكن من العتق، وقد قيل خلاف هذا، والأصح ما ذكرنا. وهذا إذا قلنا الاعتبار في الكفارة بحالة الأداء، فإن قلنا الاعتبار بحالة الوجوب يلزم الإطعام.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق، فأذن لها في الخروج وبقي مجنوناً هل يصح الإذن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح كما لو أذن لها في البيع والشراء.

والثاني: يصح وهو الأصح؛ لأن البيع والشراء لا يصحان من المجنون فلم يصح الإذن بها للمجنون، والدخول والخروج يوجد من المجنون فصح الإذن به للمجنون.

فإذا قلنا بالثاني لم يقع الطلاق، وإذا قلنا بالأول صار كما لو خرجت بغير إذنٍ،

فيبنى على القولين في أن عمد المجنون عمد أم خطأ؟ فإن قلنا: عمدٌ وقع الطلاق، وإن قلنا: خطأٌ ففي وقوع الطلاق قولان كما لو خرجت ناسيةً فيه قولان، والقول في الصبية كالقول في المجنونة وفيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: والله لا أدخل هذه الدار مثلاً هل يعتبر القصد عند قوله والله؟ فيه ثلاث مسائل: **أحدها**: أن ينوي عند قوله: والله تعقيبه بالدخول ذكراً فهذا حلف لا محالة.

والثانية: أن ينوي عند قوله: والله شيئاً، فلما فرغ منه عقَّبه بذكر الدخول، فهذا لا يكون حلفا.

والثالثة: أن ينوي عند قوله: والله تعقيبه بذكر شيء لا على التعيين على وجه اليمين، فلما فرغ منه عقبه بذكر الدخول فيحتمل وجهين:

أحدهما: يكون حلفاً ولا يجعل التعيين شرطاً عند ذكر الله تعالى.

والثاني: لا يكون [٣٣/ ب] حلفاً لفقد التعيين عند ذكر الله تعالى.

فرع آخر

إذا لاعن ولاعنت فالكاذب منهما يلزمه الكفارة؛ لأنه يمين عندنا، وهل يلزم كفارة أم كفارات؟ يحتمل أن يقال: يلزم كفارة واحدة؛ لأن الأيمان إذا تكررت على شيء وكان القصد بالإعادة التكرار فالواجب كفارة، وكذا في أيمان القسامة إذا كانت كذباً يكفي كفارة واحدة لما ذكرنا.

فرع آخر

إذا حلف الكافر الذي ينفي الإله بالله تنعقد يمينه؛ لأنه يُستحلف في الدعاوى بالله تعالى، وإن حلف بالله تعالى ومراده الصنم أعيد عليه الحلف؛ لأن اليمين بغير الله تعالى لا تصح بحالٍ، ولو حلف بجسم فقال: والله الذي هو جسم لا أفعل كذا، يحتمل أن يقال: لا تنعقد يمينه؛ لأنه حلفَ بغير الله تعالى في الحقيقة لاستحالة كون الله تعالى جسماً، وهذا أوضح على قول من يكفرهم، ويحتمل أن يقال: تنعقد يمينه؛ لأنه حلف بالله تعالى ولكنه أخطأ في وصفه، وهذا أوضح على قول من لا يكفرهم، وهكذا لو حلف لتلك الدعوى هل تعاد عليه اليمين؟ تخرج على وجهين:

أحدهما: تعاد عليه اليمين، وهذا على الوجه الأول.

والثاني: لا تعاد عليه، وهذا على الوجه الثاني.

فرع آخر

إذا أقر بالقتل عمداً ثم رجع عن إقراره هل يقبل قوله في سقوط الكفارة؟ قال الإمام والدي ـ رحمه الله ـ: يحتمل أن يقال: إن كان من أهل الإعتاق أو الإطعام لم يقبل، وإن كان من أهل الصيام قُبل، والفرق أن حق الآدمي يتعلق بكفارة العتق والإطعام فلم يقبل الرجوع من أجل حق الآدمي بخلاف الصوم؛ لأن حق الله تعالى على الاختصاص لا حق للآدمي فيه بوجه، فجاز قبول الرجوع فيه.

فرع آخر

إذا حلف لا يدخل الدار اليوم فدخلها ناسياً وانقضى اليوم [٣٤/أ] صار بارًّا في يمينه. ولو حلف لا يدخلها فدخلها ناسياً لا يصير حانثاً في أحد القولين. والفرق أن الغرض في الأول تحصيل الدخول، والحلف وقع ليكون داعياً إلى فعله، فإذا حصل الدخول فقد وجد المقصود بالداعي فأغنى عن ذكر الداعي. وفي المسألة الثانية المقصود انتفاء الدخول والحلف ليكون داعياً له إلى الترك، وإنما يصح أن يكون داعياً له إلى تركه إذا كان ذاكراً له، فإذا لم يكن ذاكراً صار كأن حلفه لم يتناول هذا الفعل فلم يقع الحنث.

تم الجزء العاشر

ويليه إن شاء الله الجزء الحادي عشر

وأوله: كتاب النذور

فهرس المحتويات

كِتَابُ الطَّلَاقِ ٣

بَابُ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَوَجْهِهِ وَتفْرِيعِهِ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ القُرْآنِ وَمِنْ إِبَاحَةِ الطَّلَاقِ وَمِنْ جماعِ عِشْرَةِ النِّسَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ٣

فرع: في تعليق الطلاق بالطهر ٢٤

فرع: في تعليق الطلاق بالحيض ٢٥

بَابَ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ وَمَا لَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ والطَّلَاقِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ مِنْ إِمْلَاءِ مَسَائِلِ مَالِكٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ ٣٧

باب طلاق الوقت وطلاق المكره ٧٥

باب الطلاق والحساب والاستثناء ١١١

باب طلاق المريض ١٣٤

باب الشك في الطلاق ١٤٠

باب ما يهدم الزوج من الطلاق ١٥٢

كتاب الرجعة ١٧٥

باب المطلقة ثلاثاً ١٩١

كتاب الإيلاء ١٩٧

باب الإيلاء من نسوة ٢٢١

باب التوقيت في الإيلاء ٢٢٥

باب الوقف من كتاب الإيلاء ٢٢٩

باب إيلاء الخصي ٢٤١

كتاب الظهار ٢٤٣

باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون ٢٥١

باب ما يوجب على المتظهر كفارة ٢٦٢

باب عتق المؤمنة في الظهار ٢٦٨

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء ٢٧٣

باب ما يجزئ من العيوب في الرقاب الواجبة ٢٨٦

باب من له الكفارة بالصيام ٢٩٠

باب الكفارة بالإطعام ٣٠٠
كتاب اللعان ٣٠٧
باب أين يكون اللعان ٣٣٥
باب سنة اللعان ونفي الولد ٣٤٠
باب كيف اللعان ٣٤٢
باب ما يكون بعد التعان الزوجين من الفرقة ٣٥٠
كتاب الأيمان ٣٥٨
باب الاستثناء في الأيمان ٣٨٥
باب لغو اليمين من هذا ومن اختلاف مالك والشافعي ٣٩١
باب الكفارة قبل الحنث وبعده. ٣٩٣
باب من حلف بطلاق امرأته أن يتزوج عليها ٣٩٧
باب الإطعام في الكفارة في البلدان كلها ومن له أن يطعم وغيره ٤٠٠
باب ما يجزىء من الكسوة في الكفارة ٤١٩
باب ما يجوز في عتق الكفارات وما لا يجوز ٤٢١
باب الصيام في كفارة الأيمان المتتابع وغيره ٤٢٧
باب الوصية بكفارة الأيمان والزكاة ٤٣٠
باب كفارة يمين العبد بعد أن يعتق ٤٣٤
باب جامع الأيمان ٤٣٨
باب من حلف على غريمه لا يفارقه حتى يستوفي حقه ٤٧٨
باب من حلف على امرأته لا تخرج إلا بإذنه ٤٨٤
تتمة كتاب الأيمان ٤٩٢
باب من يعتق من مماليكه إذا حنث ٤٩٢
فهرس المحتويات ٥٤٣